

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

CRISTIANO LEONARDO DEITOS

TIPICIDADE CONGLOBANTE: APLICABILIDADE NAS HIPÓTESES DE ESTRITO
CUMPRIMENTO DE UM DEVER LEGAL E EXERCÍCIO REGULAR DE UM
DIREITO

FLORIANÓPOLIS

2013

CRISTIANO LEONARDO DEITOS

TIPICIDADE CONGLOBANTE: APLICABILIDADE NAS HIPÓTESES DE ESTRITO
CUMPRIMENTO DE UM DEVER LEGAL E EXERCÍCIO REGULAR DE UM
DIREITO

Monografia submetida ao Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Professor Dr. Alexandre Morais de Rosa

FLORIANÓPOLIS

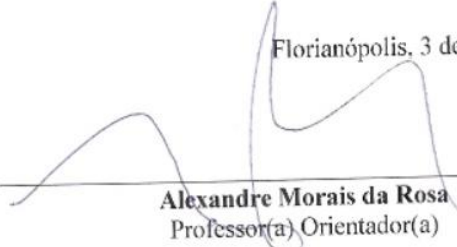
2013

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO


TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia intitulada "**Tipicidade conglobante: aplicabilidade nas hipóteses de estrito cumprimento de um dever legal e exercício regular de um direito**", elaborada pelo(a) acadêmico(a) **Cristiano Leonardo Deitos**, defendida em **03/07/2013** e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (dez), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no artigo 9. da Portaria n. 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n. 003/95/CEPE.

Florianópolis, 3 de Julho de 2013



Alexandre Morais da Rosa
Professor(a) Orientador(a)



Anna Carolina Faraco Lamy
Membro de Banca



Lilian Patrícia Casagrande
Membro de

AGRADECIMENTOS

Antes de tudo, aos meus pais, pelo apoio, compreensão e paciência.

Ao meu orientador, professor Dr. Alexandre Morais da Rosa, pela atenção e disponibilidade.

A todos os meus amigos e familiares que de alguma forma me ajudaram nesta jornada.

Não arrancarás uma letra ao teu destino, ele se cumprirá inteiro.

Machado de Assis

RESUMO

A presente monografia visa analisar a aplicabilidade da teoria da tipicidade conglobante, concebida e difundida por Eugênio Raul Zaffaroni, nas hipóteses de estrito cumprimento de um dever legal e exercício regular de um direito, valendo-se de duas importantes ações judiciais extraídas da jurisprudência nacional. Para tanto, dividiu-se o estudo da tipicidade em três partes, partindo-se de uma análise da tipicidade legal, seu conceito, seu desenvolvendo, suas formas de adequação e seu percurso histórico-dogmático. Em seguida, realizou-se em estudo mais aprofundado do juízo de adequação típica, penetrando-se na análise da tipicidade conglobante e seus elementos integrantes, a saber, a antinormatividade e a tipicidade material. Neste plano, verificou-se que a conduta, além de violar a tipicidade legal, necessita também ser antinormativa e afetar o bem jurídico. Mais adiante, esclareceu-se que a configuração da tipicidade penal é decorrente da análise conjunta da tipicidade legal com a tipicidade conglobante. Por fim, amparado em tais premissas, procedeu-se à análise das duas ações judiciais, inovadoras, por que não, colhidas da jurisprudência nacional. Ao final, concluiu-se que a aplicação *in concreto* da teoria nas hipóteses de estrito cumprimento de um dever legal e de exercício regular de um direito obedeceram, integral e satisfatoriamente, aos pressupostos da teoria da tipicidade conglobante elencados pelo emérito jurista argentino Eugênio Raul Zaffaroni.

Palavras-chave: Tipicidade conglobante. Tipicidade Penal. Tipo. Antinormatividade. Causas de Justificação. Antijuridicidade. Teoria do Crime.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 TIPLICIDADE LEGAL	11
2.1 Conceito de Tipo Legal.....	11
2.1.1 Elementos do Tipo Legal.....	13
2.1.2 Funções do Tipo legal	16
2.2. Conceito de tipicidade legal.....	18
2.2.1. Tipicidade por Adequação Típica Imediata ou Direta.....	19
2.2.2. Tipicidade por Adequação Indireta ou Mediata.....	20
2.3 Evolução Histórico-Dogmática da Tipicidade Legal	23
2.3.1. Fase de independência	24
2.3.2. Fase da ratio cognoscendi da antijuridicidade.....	26
2.3.3 Fase da ratio essendi da antijuridicidade	28
2.4 A Teoria Adotada no Brasil pela Doutrina Majoritária	30
3 TIPLICIDADE CONGLOBANTE	32
3.1 Considerações Iniciais.....	32
3.2. Antinormatividade.....	32
3.2.1 Norma, Tipo e Bem Jurídico	32
3.2.2. Conceito de Antinormatividade	34
3.2.3 Antinormatividade e Antijuridicidade	36
3.3 Tipicidade Material	38
3.4 Tipicidade Conglobante.....	39
4 TIPLICIDADE PENAL E A APLICABILIDADE DA TEORIA DA TIPLICIDADE CONGLOBANTE NAS HIPÓTESES DE ESTRITO CUMPRIMENTO DE UM DEVER LEGAL E EXERCÍCIO REGULAR DE UM DIREITO	45
4.1 Conceito de Tipicidade Penal.....	45
4.2 Antijuridicidade e Tipicidade Penal.....	48
4.2.1 Conceito e características da antijuridicidade.....	48
4.2.2. Excludentes de Antijuridicidade	52
4.3 O Estrito cumprimento de um dever legal.....	53
4.4 O Exercício Regular de um Direito	56
4.5 Tipicidade Conglobante nas Hipóteses de Estrito Cumprimento de um Dever Legal e Exercício Regular de um Direito	58

<i>4.5.1 Considerações Iniciais</i>	58
<i>4.5.2 Aplicabilidade da Tipicidade Conglobante nas Hipóteses de Estrito Cumprimento de um Dever legal</i>	60
<i>4.5.3 Aplicabilidade da Tipicidade Conglobante nas Hipóteses de Exercício Regular de um Direito</i>	65
5 CONCLUSÃO	69
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	72

1 INTRODUÇÃO

A teoria da tipicidade conglobante, concebida e difundida pelo jurista Eugenio Raúl Zaffaroni, é um modo particular de conceber o juízo de adequação típica. O objetivo deste trabalho é verificar, com base em duas importantes ações judiciais extraídas da jurisprudência nacional, aplicação da referida teoria nas hipóteses de estrito cumprimento de um dever legal e exercício regular de um direito.

Na doutrina brasileira, grosso modo, poucos autores adotam a teoria da tipicidade conglobante, fato atestado pela reduzida bibliografia disponível sobre o assunto. Em razão disso, este trabalho possuirá um aporte doutrinário pequeno, com foco principal no manual editado pelo teórico argentino, em cujo espaço lança as bases de sua teoria.

Inicialmente, será traçada uma linha de desenvolvimento da tipicidade penal, de modo a situar a tipicidade conglobante na dogmática penal, possibilitando uma base segura para a análise da aplicabilidade da referida teoria pela jurisprudência nas duas hipóteses elencadas anteriormente.

Assim, no primeiro capítulo será analisada a tipicidade legal, procurando evidenciar o seu conceito como a adequação formal da conduta realizada pelo agente com o disposto no tipo penal incriminador, passando pelo estudo do seu recente desenvolvimento histórico-dogmático, originário da doutrina penal alemã, culminando com o esclarecimento de que a tipicidade legal, com efeito, representa apenas a primeira etapa do juízo de tipicidade penal, a necessitar, também, do juízo de tipicidade conglobante para ganhar sentido completo.

Deste modo, no segundo capítulo, este juízo de tipicidade será expandido, e será levado a cabo o estudo da tipicidade conglobante, procurando caracterizá-la como um juízo posterior ao juízo de tipicidade legal, cujo objetivo é demonstrar que, para além da análise da mera adequação formal da conduta ao tipo penal, a perfeita configuração da tipicidade penal necessita também da caracterização da tipicidade conglobante, formada pela antinormatividade e pela tipicidade material.

Deste modo, quando do estudo dos elementos da tipicidade conglobante, mais especificamente, do estudo da antinormatividade, será demonstrado que algumas condutas, apesar de infringirem formalmente o tipo, não violam necessariamente a norma que lhe é subjacente em razão da presença, na ordem jurídica, de outra norma que exija ou fomente tal conduta.

Assim, caso não se verifique a antinormatividade devido à existência de uma outra norma exigindo ou fomentando tal conduta, a tipicidade conglobante não se caracterizará, restando descaracterizada também a tipicidade penal.

Além disso, buscar-se-á evidenciar que a conduta violadora do tipo penal também deve afetar o bem jurídico, configurando-se assim, como bem destacou Rogério Greco, a tipicidade material, de forma a justificar a ação do *jus puniendi* estatal.

No terceiro e derradeiro capítulo, inicialmente, se almejará demonstrar que a tipicidade penal, como ilação óbvia do foi estudado, é o resultado da união da tipicidade legal com a tipicidade conglobante, buscando-se sedimentar o contexto onde se realizará a análise jurisprudencial das duas ações judiciais escolhidas, acerca da aplicação da teoria da tipicidade conglobante nas hipóteses de estrito cumprimento de um dever legal e exercício regular de um direito. Nesta análise, se objetivará traçar um paralelo entre a aplicação da teoria no caso concreto com o que foi desenvolvido e estudado ao longo deste trabalho.

2 TIPICIDADE LEGAL

2.1 Conceito de Tipo Legal

A Constituição Federal, em seu art. 5º, inc. XXXIX, estabelece que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.”¹Neste enunciado, repetido substancialmente pelo Código Penal, está consignado o princípio da reserva legal, basilar para o desenvolvimento da dogmática penal. Este princípio tem por objetivo restringir ao Estado, na sua função legiferante, a elaboração de normas incriminadoras, na medida em que “nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem que antes da ocorrência desse fato exista uma lei definindo-o como crime e cominando-lhe a sanção correspondente.”²

Analisando a concepção do tipo incriminador à luz do princípio da reserva legal, preleciona Rogério Greco:

Por imposição do princípio do *nullum crimen sine lege*, o legislador, quando quer impor ou proibir condutas sob a ameaça de sanção, deve, obrigatoriamente, valer-se de uma lei. Quando a lei em sentido estrito descreve a conduta (comissiva ou omissiva) com o fim de proteger determinado bem cuja tutela mostrou-se insuficiente pelos demais ramos do direito, surge o chamado tipo penal.³

Portanto, pode-se dizer, na esteira do que foi afirmado acima e sem qualquer risco de incorrer em equívoco, que o tipo é “a descrição abstrata de uma conduta, tratando-se de uma conceituação puramente funcional, que permite concretizar o princípio da reserva legal (não há crime sem lei anterior que o defina)”⁴.

¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Atualizada até a Emenda Constitucional 73. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm >. Acesso em 01. jun. 2013.

² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 14. ed. São Paulo (SP): Saraiva, 2009. p. 11.

³ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral (arts. 1. a 120 do CP)**. 13. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro (RJ): Impetus, 2011. p. 155.

⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral : parte especial**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo (SP): Revista dos Tribunais, 2008. p. 182

Assim, por outras palavras, na conceituação de André Luís Callegari, tipo “é a descrição da conduta proibida que o legislador leva a cabo na hipótese de fato de uma norma penal”⁵. Dessa conceituação do tipo, exsurge uma constatação de suma importância para o estudo que será desenvolvido neste trabalho: considerando que as condutas humanas proibidas pelo direito penal não são iguais entre si, faz-se necessário que cada tipo legal possua contornos únicos.

O preceito penal incriminador, justamente por selecionar e individualizar condutas humanas, deve utilizar-se de preceitos abstratos e gerais, a fim de que se obste a criação de casuísmos, impensáveis no atual estágio de desenvolvimento da dogmática penal.

Por outro lado, essa descrição típica, na boa técnica jurídica, precisa ter um caráter geral e abstrato, porque as situações fáticas são infinitas. Dessa forma o “tipo legal não pode descrever todos os elementos e circunstâncias do fato concreto, traduzindo-se numa definição incompleta, pois o legislador não pode prever todos os detalhes da conduta, que variam de um para outro.”⁶

Ressalta-se, acima de qualquer consideração compreendida dentro da ordem normativa, “que o tipo não cria a conduta, mas apenas a valora, transformando-a em crime.”⁷ Assim, esse modelo de conduta traçado em abstrato pelo legislador nada mais é do que o resultado da valoração de condutas humanas costumeiramente praticadas na sociedade, verificadas anterior e independentemente das normas que estabelecem as condutas passíveis de punição, e que o Estado, através da sua atuação legiferante, objetiva impedir que ela seja praticada, ou ordena que seja levada a efeito por toda a sociedade.

Pode-se intuir, desse aspecto, que essa descrição típica, geral e abstrata, emerge como uma grande conquista dos cidadãos, na medida em que atua como limitador do famigerado poder punitivo do estado, pois o reconhecimento do princípio da reserva legal “constitui um longo processo, com avanços e recuos, não

⁵ CALLEGARI, André Luís. **Teoria geral do delito e da imputação objetiva**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. P. 95.

⁶ JESUS, Damasio E. de (Damasio Evangelista de). **Direito penal**. 29. ed. rev. e atual. São Paulo (SP): Saraiva, 2008. p. 259.

⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral : parte especial**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo (SP): Revista dos Tribunais, 2008. p. 182

passando, muitas vezes, de simples ‘fachada formal’ de determinados Estados”.⁸ Dessa forma, “relevante é o papel da descrição das condutas puníveis para que os cidadãos saibam quais as ações que podem praticar sem sujeição a preceitos sancionadores.”⁹

Este regramento, posterior ao conjunto das condutas humanas, porém somente aplicáveis após a efetivação do ordenamento legal que lhe dá o devido amparo, trata-se, em definitivo, da garantia básica do cidadão de que não estará sujeito à arbitrariedade do estado, que poderia, na falta do princípio basilar acima enunciado, transformar o que hoje é considerado o conjunto das garantias nas sociedades modernas, em mero instrumento persecutório de indivíduos cujo comportamento seria considerado reprovável, aplicando penas não delimitadas com base nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Não por acaso, estes conceitos, como será visto a seguir, surgiram somente na sociedade dita moderna, resultando da evolução do entendimento das relações que devem existir entre o estado e o indivíduo, e garantem que o cidadão, conhecendo de antemão as condutas passíveis de punição, possa, assim, evitá-las – e, ao contrário, ao inobservar o conjunto de normas que constituem o regramento do contrato social, saberá estar sujeito às penalidades aplicáveis à sua conduta.

2.1.1 Elementos do Tipo Legal

Em que pese o caráter abstrato e a “natureza predominantemente descritiva”¹⁰ dos tipos penais, eles não podem prescindir, na sua composição, de elementos de natureza normativa e subjetiva, a fim de que individualize claramente as condutas penalmente valoradas pelo legislador. É o que afirma Bitencourt:

A lei ao definir crimes limita-se, frequentemente, a dar uma descrição objetiva do comportamento proibido, cujo exemplo mais característico é o

⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 14. ed. São Paulo (SP): Saraiva, 2009. p. 11.

⁹ JESUS, Damasio E. de (Damasio Evangelista de). **Direito penal**. 29. ed. rev. e atual. São Paulo (SP): Saraiva, 2008. p. 261

¹⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo (SP): Revista dos Tribunais, 2011. p. 387.

do homicídio, "matar alguém". No entanto, em muitos delitos, o legislador utiliza-se de outros recursos, doutrinariamente denominados elementos *normativos* ou *subjetivos* do tipo, que levam implícito um juízo de valor.¹¹

Assim, faz-se necessário analisar os elementos que compõem os tipos penais, considerando que a doutrina nacional, de maneira geral, costuma elencar os elementos do tipo em descritivos, que também são denominados objetivos ou objetivos-descritivos, normativos e, por fim, subjetivos.

Os elementos objetivos, também chamados de descritivos, são “aqueles que não necessitam de um juízo de valor para a sua compreensão, sendo facilmente entendidos pelo intérprete”¹². Em outras palavras, os elementos objetivos “são identificados pela simples constatação sensorial, isto é, podem facilmente ser compreendidos somente com a percepção dos sentidos.”¹³

Grosso modo, os tipos, em seu aspecto objetivo-descritivo, utilizam-se de um verbo para descrever e selecionar as condutas humanas criminalizadas pelo legislador. E não poderia ser diferente. É o que afirma Damásio de Jesus:

A fórmula do tipo é composta de um verbo que expressa a conduta. Trata-se, em geral, de um verbo transitivo com o seu objeto: "matar alguém", "ofender a integridade corporal de alguém". O verbo constitui o núcleo do tipo, a sua parte mais significativa, no dizer de Aníbal Bruno. Às vezes a figura faz referência ao sujeito ativo, ao sujeito passivo, ao objeto, ao tempo, ao lugar ou à ocasião e aos meios empregados pelo agente.¹⁴

Rogério Greco, ao analisar detidamente os elementos objetivos, discorre sobre o caráter imprescindível do verbo presente no núcleo do tipo legal, afirmando, com bastante clareza, que:

é o verbo que descreve a conduta proibida pela lei penal. O verbo tem a finalidade de evidenciar a ação que se procura evitar ou impor. Todos os

¹¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Erro de tipo e erro de proibição**. 5. ed. São Paulo (SP): Saraiva, 2010. p. 24.

¹² CALLEGARI, André Luís. **Teoria geral do delito e da imputação objetiva**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 98.

¹³ BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. **Teoria geral do delito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 146.

¹⁴ JESUS, Damasio E. de (Damasio Evangelista de). **Direito penal**. 29. ed. rev. e atual. São Paulo (SP): Saraiva, 2008. p. 270.

tipos devem vir acompanhados de seu núcleo, para que possamos saber exatamente quais são as condutas por ele abrangidas.¹⁵

Dessa forma, para identificação dos elementos do tipo, deixa-se de lado qualquer valoração de ordem jurídica, filosófica, cultural ou sociológica, na medida em que eles apenas orientam a descrição objetiva do fato criminoso, isto é, apenas auxiliam na descrição do aspecto externo da conduta valorada como criminosa pelo legislador, utilizando-se de elementos como “matar, “coisa” e “mulher”.¹⁶

Os elementos normativos, diferentemente dos objetivos-descritivos, só podem ser apreendidos integralmente com a realização de um juízo de valor sob a situação de fato. Dessa forma, para a exata compreensão desses elementos, é insuficiente o desenvolvimento de “uma atividade meramente cognitiva, devendo-se realizar uma *atividade valorativa*”.¹⁷ Como exemplos de elementos normativos, André Luís Callegari¹⁸ cita “coisa alheia, “propriedade”, “dignidade” e “decoro”, cujos conceitos só adquirem um sentido completo quando cotejados com outras normas jurídicas ou ético-sociais.

Os elementos subjetivos “são todos os elementos relacionados à vontade e à intenção do agente”¹⁹ O legislador, dessa forma, quando da descrição abstrata da conduta típica, precisa muitas vezes fazer uso de dados ou circunstâncias que pertencem ao “campo psíquico-espiritual e ao mundo de representação do autor”.²⁰ O dolo, que consiste na intenção do agente em realizar o fato típico, é considerado largamente pela doutrina como o elemento subjetivo geral, de natureza anímica por excelência.

Deve-se ressaltar, por oportuno, que é evidente a dificuldade de confinar, dentro de um conjunto de regras preestabelecido e compreendido por todos, a infinidade de comportamentos que podem ser entendidos como lesivos, ofensivos e,

¹⁵ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral** (arts. 1. a 120 do CP). 13. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro (RJ): Impetus, 2011. p. 172

¹⁶ CALLEGARI, André Luís. **Teoria geral do delito e da imputação objetiva**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 98

¹⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Erro de tipo e erro de proibição**. 5. ed. São Paulo (SP): Saraiva, 2010. p. 31.

¹⁸ CALLEGARI, André Luís. *op. cit.*, p. 99.

¹⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral: parte especial**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo (SP): Revista dos Tribunais, 2008. p. 183.

²⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. **Teoria geral do delito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 147.

finalmente, puníveis. Os conceitos vistos acima comportam, em si, as diretrizes que orientam o legislador no estabelecimento destes comportamentos e, acima de tudo, procuram definir a valoração devida a cada um, com base em critérios objetivos, mas também considerando as nuances que comportam um ato delituoso. Observa-se, então, a suma importância de uma definição responsável e cuidadosa dos elementos que culminarão na tipificação legal dos atos ilícitos.

2.1.2. Funções do Tipo legal

As funções do tipo legal elencadas pela doutrina são inúmeras, de modo que apenas as principais e mais tradicionais serão citadas. A primeira e mais consagrada função do tipo legal é a função de garantia. Está voltada para os cidadãos, destinatários do *jus puniendi* estatal, e tem estreita vinculação com o princípio da reserva legal, uma vez que garante que o agente somente poderá ser responsabilizado penalmente por condutas previamente previstas pela lei penal.

Callegari, ao debruçar-se sobre o tema, constata que:

A função de garantia está refletida diretamente no princípio da legalidade penal, que determina que *não há crime sem uma lei anterior que o defina*, trazendo, portanto, segurança ao cidadão, que tem o direito de saber se a sua ação é ou não punível.²¹

Além de vinculado ao princípio da reserva legal, a função de garantia guarda estreita relação com outra função extremamente importante: a função fundamentadora do tipo. É o que se depreende do exposto pelo consagrado penalista Rogério Greco:

Se, por um lado, o tipo exerce essa função garantista, também é certo afirmar que o Estado, por intermédio do tipo penal, fundamenta suas decisões, fazendo valer o seu *jus puniendi*. A relação entre essas funções do tipo - garantista e fundamentadora - é como se fosse duas faces de uma mesma moeda. Numa das faces está o tipo garantista, vedando qualquer responsabilização penal que não seja por ele expressamente prevista; na

²¹ CALLEGARI, André Luís. **Teoria geral do delito e da imputação objetiva**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 97.

outra, a função fundamentadora por ele exercida, abrindo-se a possibilidade ao Estado de exercer o seu direito de punir sempre que o seu tipo penal for violado.²²

Salta aos olhos, como se vê, que essas duas funções do tipo legal estão umbilicalmente relacionadas.

Outra importante função do tipo legal é a função seletiva ou função selecionadora de condutas. Ela está voltada, precipuamente, para o intérprete, quando da análise das condutas possivelmente típicas, e para o legislador, quando da seleção e individualização de condutas na elaboração dos tipos penais.

Dessa forma, ao analisar a conduta do agente, o intérprete deve verificar se ele se subsume perfeitamente à descrição típica e se, de fato, atinge algum bem jurídico-penalmente tutelado. Já o legislador, ao elaborar os tipos penais, deve atentar para os princípios basilares da dogmática penal, como o princípio da intervenção mínima, da lesividade e da adequação social. É o que afirma Rogério Greco, de cujo magistério, mais uma vez, faz-se imprescindível:

Nessa seleção de condutas feita por intermédio do tipo penal, o legislador, em atenção aos princípios da intervenção mínima, da lesividade e da adequação social, traz para o âmbito de proteção do Direito Penal somente aqueles bens de maior importância, deixando de lado as condutas consideradas socialmente adequadas ou que não atinjam bens de terceiros. Dessa forma, a seleção das condutas a serem proibidas ou impostas caberá ao tipo, verdadeiro instrumento do Direito Penal.²³

Em virtude de algumas fases da conduta do agente não serem objeto de punição pelo Direito Penal, como os atos de ideação e os atos preparatórios (estes últimos, puníveis somente de forma excepcional) Callegari cita, a título de complementação, a função delimitadora do *iter criminis*, que, embora menos comum na doutrina, revela-se de extrema importância por ter como objetivo principal “determinar quando se pode afirmar que uma conduta começa a realizar o delito, isto é, pode-se afirmar que o sujeito ingressou na esfera do ilícito penal”.²⁴ Esta função, assim, tem importância como delimitadora do início de execução do fato criminoso.

²² GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral (arts. 1. a 120 do CP). 13. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro (RJ): Impetus, 2011. p. 180-181.

²³ *ibidem*, p.181.

²⁴ CALLEGARI, André Luís. **Teoria geral do delito e da imputação objetiva**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 98.

Em face do exposto, reitera-se a importância da conformação dos atos passíveis de punição dentro de um código que seja por todos conhecido, como forma de garantir que o Estado não exorbitará de suas funções utilizando-se de instrumentos dos quais o indivíduo não teria condições de se defender, dada a desigualdade de força de um perante outro. Esta função garantista, ao tempo em que orienta a sociedade a respeito dos comportamentos considerados aceitáveis ou lícitos, servirá também como salvaguarda desta mesma sociedade contra o voluntarismo dos que dirigem o Estado, limitando a sua função punitiva dentro de regras previamente estabelecidas.

2.2. Conceito de tipicidade legal

No tópico anterior, analisou-se o tipo legal, seu conceito, seus elementos e suas funções principais. Atrelado à noção de tipo está o conceito de tipicidade. Quando a conduta do agente se subsume à descrição do fato criminoso presente no tipo, surge a tipicidade legal. Nessa senda, Callegari define tipicidade desta forma:

A tipicidade é a adequação de um fato cometido à descrição que dele se faz na lei penal. Por imperativo do princípio da legalidade, em sua vertente *nullum crimen sine lege*, só os fatos tipificados na lei penal como delitos podem ser considerados como tal.²⁵

Não se deve, de forma alguma, confundir tipo com tipicidade. Como esclarecem Eugênio Raul Zaffaroni e José Henrique Pierangeli²⁶, o primeiro pertence à lei; o segundo pertence à conduta. A tipicidade, conforme dito acima, está estritamente vinculada ao tipo, numa relação de dependência, de modo que em sua configuração “há uma *operação intelectual* de conexão entre a infinita variedade de fatos possíveis da vida real e o modelo típico descrito na lei”.²⁷

²⁵ CALLEGARI, André Luís. **Teoria geral do delito e da imputação objetiva**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 95.

²⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo (SP): Revista dos Tribunais, 2011. p. 388.

²⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Erro de tipo e erro de proibição**. 5. ed. São Paulo (SP): Saraiva, 2010. p. 26

Assim, toda essa operação que “consiste em analisar se determinada conduta apresenta os requisitos que a lei exige, para qualificá-la como infração penal, chama-se ‘juízo de tipicidade’”.²⁸

Essa relação de conexão ou de “encaixe”, como comumente denomina a doutrina, entre a conduta praticada pelo agente e a descrição presente no tipo penal deve ser perfeita. Sendo assim, não basta que a conduta levada a efeito pelo agente seja apenas semelhante; ela precisa preencher exatamente todos os elementos do tipo penal, caso contrário, não haverá tipicidade e, conseqüentemente, fato punível relacionado àquele tipo legal. É o que preleciona Rogério Greco, com didatismo e precisão:

Quando afirmamos que só haverá tipicidade se existir adequação perfeita da conduta do agente ao modelo em abstrato previsto na lei penal (tipo), estamos querendo dizer que, por mais que seja parecida a conduta levada a efeito pelo agente com aquela descrita no tipo penal, se não houver um encaixe perfeito, não se pode falar em tipicidade. Assim, a exemplo do art. 155 do Código Penal, aquele que simplesmente subtrai coisa alheia móvel não com o fim de tê-la para si ou para outrem, mas, sim, com a intenção de usá-la, não comete o crime de furto, uma vez que no tipo penal em tela não existe a previsão dessa conduta, não sendo punível, portanto, o "furto de uso".²⁹

Ressalta-se que nem sempre essa “conformidade do fato praticado pelo agente com a moldura abstratamente descrita na lei penal”³⁰ ocorre direta e perfeitamente, sem grandes problemas. Muitas vezes essa adequação fato/norma ocorre de forma indireta, exigindo o auxílio de outras normas. Em virtude desses casos, a doutrina costuma dividir a adequação típica em direta ou imediata e indireta ou mediata.

2.2.1. Tipicidade por Adequação Típica Imediata ou Direta

²⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Erro de tipo e erro de proibição**. 5. ed. São Paulo (SP): Saraiva, 2010. p. 26.

²⁹ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral** (arts. 1. a 120 do CP). 13. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro (RJ): Impetus, 2011. p. 156.

³⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. **Teoria geral do delito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 142.

A adequação típica por subordinação direta ou imediata não encerra grandes problemas para a dogmática penal e para o intérprete. Ela se manifesta quando ocorre a “perfeita adequação entre a conduta do agente e o tipo penal incriminador”³¹. Assim, em suma, “a adequação direta é aquela em que o tipo penal possui todos os elementos necessários à subsunção do fato, não necessitando do auxílio de outra norma”.³² Rogério Greco, mais uma vez, é bastante esclarecedor exemplificando a questão:

No homicídio, por exemplo, haverá essa adequação quando houver a morte da vítima. A partir daí, poderemos falar em adequação típica de subordinação imediata, pois que a conduta do agente se amoldou perfeitamente ao tipo previsto no art. 121 do Código Penal. Se neste há descrição da conduta de "matar alguém" e se o agente causou a morte de seu semelhante, seu comportamento se subsume perfeitamente ao modelo abstrato previsto na lei penal (tipo).³³

2.2.2. *Tipicidade por Adequação Indireta ou Mediata*

A adequação típica por subordinação indireta ou mediata, diferentemente da adequação por subordinação direta ou imediata, ocorre quando a conduta não se subsume diretamente ao modelo em abstrato presente no tipo legal. O intérprete, quando da análise do fato concreto, precisa socorrer-se em outra norma presente no ordenamento para que o fato levado a efeito pelo agente se amolde completamente à prescrição típica. Nesse sentido, disserta Bitencourt afirmando que:

a *adequação típica mediata*, que constitui exceção, necessita da concorrência de outra norma, secundária, de caráter extensivo, que amplie a abrangência da figura típica. Nesses casos, o fato praticado pelo agente não se adequa direta e imediatamente ao modelo descrito na lei, o que somente acontecerá com o auxílio de outra norma ampliativa, como ocorre, por exemplo, com a tentativa e a participação em sentido estrito.³⁴

³¹ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral (arts. 1. a 120 do CP). 13. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro (RJ): Impetus, 2011. p. 160.

³² CALLEGARI, André Luís. **Teoria geral do delito e da imputação objetiva**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 99.

³³ GRECO, Rogério, op. cit., p. 160.

³⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Erro de tipo e erro de proibição**. 5. ed. São Paulo (SP): Saraiva, 2010. p. 27.

Dessa forma, nos casos da tentativa e da participação em sentido estrito, ocorre “a necessidade da incidência de uma norma que amplie a abrangência do tipo”.³⁵ Se o agente, com a intenção de matar um desafeto, dispara contra ele cinco tiros, mas, por circunstâncias alheias a sua vontade, a vítima não vem a óbito, configura-se a tentativa de homicídio. Esta conduta do agente, contudo, não se subsume diretamente ao disposto no art. 121 do CP³⁶, que exige, como elemento essencial à sua configuração, o resultado morte da vítima. Dessa forma, o intérprete precisa lançar mão do disposto no art. 14, II, do CP, que prevê a tentativa. Callegari preleciona, nessa hipótese, que:

a adequação típica se dará através de uma combinação do art. 121 - matar alguém - que traz o delito em sua forma consumada, com o art. 14, inc. II - que traz a modalidade da tentativa – “Diz-se o crime: II - tentado, quando, iniciada a execução não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente”. Nesse caso, o tipo penal será dado da seguinte forma: art. 121, *caput*, combinado com o art. 14, inc., II, ambos do Código Penal.³⁷

Na tentativa, conforme salientado anteriormente, “há uma ampliação temporal do tipo legal”³⁸, na medida em que, na hipótese relatada acima, o art. 121 do código penal, relativo ao crime de homicídio, não contém, em sua descrição típica, a hipótese do homicídio tentado. Dessa forma, a conduta que resulta na tentativa de matar alguém só pode ser alcançada pelo *jus puniendi* estatal em virtude da presença do art. 14, II, do CP, que funciona como norma de extensão do Art. 121. Assim, por conta dessa ampliação temporal, viabiliza-se a subsunção da conduta do agente ao tipo penal incriminador do homicídio por via indireta ou mediata.

O tipo legal previsto no art. 29 do CP³⁹, que trata do concurso de pessoas e, mais especificamente, para os objetivos deste tópico, da participação em sentido

³⁵ CALLEGARI, André Luís. **Teoria geral do delito e da imputação objetiva**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 99-100.

³⁶ Art 121. Matar alguém:

Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

³⁷ CALLEGARI, André Luís. *op. cit.*, p. 100.

³⁸ BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 234.

³⁹ Art. 29 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.

§ 1º - Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço.

estrito, também pode ser considerado uma norma de extensão, “uma vez que responderão pela mesma infração todos aqueles que, de qualquer modo, para ela tiverem concorrido, mesmo que não tenham praticado a conduta descrita no núcleo do tipo.”⁴⁰ A adequação da participação em sentido estrito, na hipótese do crime de furto, ocorrerá por via indireta, porque, como na hipótese do homicídio, no crime de furto também não há previsão da conduta tentada, devendo o intérprete, dessa forma, lançar mão do disposto no art. 29 do CP.

Rogério Greco, analisando o tema, sintetiza de forma cristalina as formas de adequação de condutas presentes no Código Penal:

Concluindo, fala-se em adequação típica de subordinação imediata ou direta quando a conduta do agente se amolda perfeitamente à descrição contida na figura típica, e em adequação típica de subordinação mediata ou indireta quando, para haver essa subsunção, é preciso que tenhamos de nos valer das chamadas normas de extensão.⁴¹

Resta evidente, portanto, a responsabilidade do intérprete em encontrar, dentro do regramento penal, quando não for possível a aplicação direta do tipo legal, o complemento que lhe dê o subsídio necessário à adequação típica, pois, como ressaltado, um dos princípios a orientar sua decisão deve ser a devida fundamentação.

De outro giro, constata-se que cabe ao intérprete encontrar, na conduta exercida pelo agente, os elementos que permitam a sua perfeita conformação com os tipos legais definidos pelo legislador quando do estabelecimento dos atos passíveis de punição, seja na forma direta ou imediata, seja na forma indireta ou mediata. Daí verifica-se, com não rara frequência, resultados que à primeira vista podem parecer estupefacientes ou mesmo provocar a sensação de injustiça, quando, no estudo mais aprofundado, verificar-se-á que o que ocorreu foi a falta dos elementos que permitissem ao intérprete o enquadramento da ação aparentemente delituosa dentro daquilo que a lei entende como crime.

⁴⁰ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral** (arts. 1. a 120 do CP). 13. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro (RJ): Impetus, 2011. p. 161

⁴¹ Idem.

2.3 Evolução Histórico-Dogmática da Tipicidade Legal

Comparado ao desenvolvimento do Direito Civil, o desenvolvimento da Dogmática Penal, da forma como a conhecemos hoje, pode ser considerado relativamente recente. É o que se pode inferir das palavras de Bitencourt⁴²:

a definição atual de crime é produto da elaboração inicial da doutrina alemã, a partir da segunda metade do século XIX, que, sob a influência do método analítico, próprio do moderno pensamento científico, foi trabalhando no aperfeiçoamento dos diversos elementos que compõem o delito, com a contribuição de outros países, como Itália, Espanha, Portugal, Grécia, Áustria e Suíça.”

O desenvolvimento do conceito de tipo e tipicidade foi ganhando forma no bojo dessa elaboração dogmática germânica. “Em fins do século XVIII, a doutrina alemã cunhou a expressão *Tatbestand*, equivalente à latina *corpus delicti*, concebendo o delito com todos os seus elementos e pressupostos de punibilidade.”⁴³ Dessa forma, o tipo e a tipicidade estavam compreendidos no conceito do *Tatbestand*, e não possuíam uma configuração própria, uma independência científica suficiente para serem analisados em suas particularidades.

Nesse sentido, preleciona Damásio:

A expressão *Tatbestand* é composta de *Tat* ("fato") e *bestehen* (consistir), significando aquilo em que o delito consiste. O *Tatbestand* era, então, o fato do delito, o seu conteúdo real. Era o conjunto de todos os caracteres do delito, de natureza interna ou externa e essenciais à sua existência. Compreendia até o dolo e a culpa.⁴⁴

Tipo e tipicidade só passaram a ter um conceito próprio a partir dos primeiros anos do século XX. Assim assevera Bitencourt:

A moderna compreensão do tipo, no entanto, foi criada por Beling, em 1906, libertando-o daquela esdrúxula compreensão. A elaboração do conceito de tipo proposto por Beling revolucionou completamente o Direito Penal,

⁴² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 14. ed. São Paulo (SP): Saraiva, 2009. p. 216.

⁴³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Erro de tipo e erro de proibição**. 5. ed. São Paulo (SP): Saraiva, 2010. p. 19

⁴⁴ JESUS, Damasio E. de (Damasio Evangelista de). **Direito penal**. 29. ed. rev. e atual. São Paulo (SP): Saraiva, 2008. p. 260.

constituindo um marco a partir do qual se reelaborou todo o conceito analítico de crime. O maior mérito de Beling foi tornar a tipicidade independente da antijuridicidade e da culpabilidade, contrariando o sentido originário do *Tatbestand* inquisitorial.⁴⁵

Feitas essas considerações iniciais, passa-se, nos tópicos seguintes, ao estudo as fases de evolução da tipicidade, utilizando-se da famigerada classificação elaborada por Jimenez de Asúa, adotada amplamente pela doutrina nacional.

Ressalta-se, também, que as fases de desenvolvimento da tipicidade, não raro, são tratadas por parcela da doutrina pátria como fases do desenvolvimento do tipo. Isso se deve ao fato de que o tipo e a tipicidade, no início do desenvolvimento da dogmática penal moderna, ainda não apresentavam contornos bem definidos, levando, por vezes, a esta confusão. Nos próximos tópicos, far-se-á uma explanação acerca das fases de desenvolvimento da tipicidade, devendo as eventuais referências ao desenvolvimento do tipo, pela doutrina, serem interpretadas à luz do que foi exposto acima.

2.3.1. Fase de independência

Antes de Beling, a tipicidade não existia como um elemento individual componente do crime. Sua existência estava intimamente ligada ao conceito do *Tatbestand*, que nada mais era do que “a soma de todos os característicos do delito, abrangendo a materialidade do fato delituoso, a antijuridicidade e a culpabilidade”.⁴⁶

O *Tatbestand*, portanto, “compreendia o delito na sua integralidade, com todos os seus elementos”⁴⁷ Após os estudos de Beling, “que concebeu a *tipicidade* com função meramente descritiva, completamente separada da antijuridicidade e da culpabilidade”⁴⁸, revolucionou-se completamente a maneira de se analisar os elementos do fato criminoso e, por via de consequência, o crime como um todo. Damásio, ao analisar essa primeira fase do desenvolvimento da tipicidade, afirma que Beling deu:

⁴⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Erro de tipo e erro de proibição**. 5. ed. São Paulo (SP): Saraiva, 2010. p. 19-20.

⁴⁶ JESUS, Damasio E. de (Damasio Evangelista de). **Direito penal**. 29. ed. rev. e atual. São Paulo (SP): Saraiva, 2008. p. 261.

⁴⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 14. ed. São Paulo (SP): Saraiva, 2009. p. 270.

⁴⁸ idem

função meramente descritiva à tipicidade, afastando de seu conteúdo os caracteres da ilicitude e da culpabilidade. Sua finalidade é definir os delitos. Adequado o fato à norma incriminadora, passa-se a uma segunda fase: saber se o sujeito agiu ou não acobertado pela legítima defesa etc. Após, verifica-se a existência da reprovabilidade da conduta. Além de distinguir a tipicidade da antijuridicidade e da culpabilidade, Beling procurou separar a ação do Tatbestand. Aquela é a conduta que se deve amoldar ao tipo legal, de conteúdo abstrato; é um "fantasma sem sangue". O Tatbestand é puro conceito, "sem tempo, nem espaço, nem existência".⁴⁹

Este conceito de tipicidade, na forma como foi concebido por Beling, enfrentou duras críticas de diversos doutrinadores, alguns, inclusive, contemporâneos do autor. "Asua lembra que a *teoria da tipicidade*, exposta por Beling, não recebeu acolhida favorável na doutrina alemã, que menosprezou sua importância, taxando-a de inútil complicação"⁵⁰ Com relação à acolhida das propostas do mestre tedesco, assevera Damásio:

Vários autores se manifestaram contrários às idéias de Beling, como Binding, Von Hippel, Goldschmidt, Mayer, Sauer, Mezger, Zimmerl etc. Binding afirmou que o conceito do Tatbestand era ao mesmo tempo obscuro e nocivo. Von Hippel entendeu que a teoria da tipicidade não era incorreta, mas desnecessária.⁵¹

Após receber tantas críticas duras, o trabalho desenvolvido por Beling ficou seriamente ameaçado, de forma que "sem o magistral Tratado de Max Ernest Mayer, a tipicidade, que no estrangeiro era completamente desconhecida, teria sido esquecida"⁵² Mayer, partindo do conceito de tipicidade proposto por Beling, introduziu elementos normativos na estrutura do tipo, e desenvolveu a sua teoria buscando a uma aproximação entre a tipicidade e a antijuridicidade.

Grosso modo, todas as fases que se seguiram à fase de independência buscaram, com profundidade e enfoques diferentes, combater a "neutralidade valorativa"⁵³ do conceito de tipicidade proposto por Beling.

⁴⁹ JESUS, Damasio E. de (Damasio Evangelista de). **Direito penal**. 29. ed. rev. e atual. São Paulo (SP): Saraiva, 2008. p. 261.

⁵⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 14. ed. São Paulo (SP): Saraiva, 2009, p. 260.

⁵¹ JESUS, Damasio E. de (Damasio Evangelista de). **op. cit.**, p. 262.

⁵² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Erro de tipo e erro de proibição**. 5. ed. São Paulo (SP): Saraiva, 2010. p. 20.

⁵³ *Ibidem*, p. 22.

2.3.2. Fase da *ratio cognoscendi* da antijuridicidade

Conforme exposto em tópicos anteriores, no início do desenvolvimento da dogmática penal a tipicidade não possuía um conceito próprio, estando encerrada na noção de *Tatbestand*, sendo esta uma criação da doutrina alemã do início do século XIX, que encampava, na sua definição, todos os elementos componentes do crime. Com Beling, já nos primeiros anos do século XX, teve início a moderna concepção de tipo e tipicidade e “o *Tatbestand* passou a ter caráter descritivo e não valorativo, apresentando a natureza externa do delito, sem atinência à antijuridicidade ou à culpabilidade”.⁵⁴

Em que pese o importante trabalho de Beling, que separou de forma clara os elementos componentes do crime, creditando ao tipo, que passou a ser denominado *Tatbestand*, uma função meramente descritiva de condutas, suas ideias não tiveram uma acolhida favorável da doutrina.

Em que pese essa recepção desalentada, Max Ernest Mayer acolheu boa parte das ideias de Beling e, aprimorando-as, lançou as bases do aporte teórico que hoje é reconhecido e classificado como a segunda fase da teoria da tipicidade. Damásio de Jesus, discorrendo sobre o tema, lembra que:

Max Ernst Mayer, em seu Tratado de direito penal, publicado em 1915, recompôs e reelaborou o conceito de tipo legal. Enquanto Beling, em princípio, isolava integralmente a tipicidade da antijuridicidade, dando-lhe função meramente descritiva, Mayer aumentou o seu campo conceitual, atribuindo-lhe função de indício da antijuridicidade, admitindo também elementos normativos do tipo.⁵⁵

Dessa forma, para Mayer, “a tipicidade não tem simplesmente função descritiva, mas constitui indício da antijuridicidade”⁵⁶, de modo que, uma vez constatada a conduta típica do agente, ela se presume também antijurídica, não sendo configurada somente com a presença de tipos permissivos, configuradores

⁵⁴ JESUS, Damasio E. de (Damasio Evangelista de). **Direito penal**. 29. ed. rev. e atual. São Paulo (SP): Saraiva, 2008. p. 260.

⁵⁵ Ibidem p. 262.

⁵⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. **Teoria geral do delito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 136.

das causas de justificação. Ou seja, o indício se desfaz se o agente dirigiu sua conduta amparado por uma causa de exclusão da ilicitude.

Cezar Roberto Bitencourt e Francisco Muñoz Conde, ao analisarem o tema, pontificam:

Enfim, para Mayer, a tipicidade é a *ratio cognoscendi* da antijuridicidade, isto é, a adequação do fato ao tipo faz surgir o indício de que a conduta é antijurídica, o qual, no entanto, cederá ante a configuração de uma causa de justificação. Por isso, o tipo é somente a *ratio cognoscendi* da antijuridicidade e, como tal, independente dela.⁵⁷

Já Zaffaroni e Pierangeli, ao debruçarem-se sobre o tema, afirmam, em linhas gerais, que a relação entre tipicidade e antijuridicidade seria semelhante à relação entre a fumaça e o fogo, funcionando a primeira como um desvalor provisório, que poderia ou não ser confirmado quando da análise da segunda.

Segundo os abalizados doutrinadores:

a tipicidade atua como um indício da antijuridicidade, como um desvalor provisório, que deve ser configurado ou desvirtuado mediante a comprovação das causas de justificação. Por esta razão é que MAX ERNST MAYER assinalava a relação entre a tipicidade e a antijuridicidade com a afirmação de que ambas se comportam como a fumaça e o fogo, isto é, que a fumaça (a tipicidade) é um indício do fogo (antijuridicidade).⁵⁸

Na esteira desse aprimoramento do conceito de tipo e tipicidade e, em última análise, do aprimoramento da própria dogmática penal, a introdução dos elementos normativos do tipo foi uma grande novidade proporcionada por Mayer, “que mais uma vez contrariou as ideias de Beling, já que expurgava da tipicidade qualquer elemento atinente à ilicitude ou culpabilidade, alojando em seu interior apenas os elementos puramente descritivos do crime.”⁵⁹ Mayer, dessa forma, não apenas concebeu a tipicidade como a *ratio cognoscendi* da antijuridicidade, como também revolucionou a maneira como se passou a conceber a estrutura do tipo, que

⁵⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. **Teoria geral do delito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 136.

⁵⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo (SP): Revista dos Tribunais, 2011. p. 401.

⁵⁹ BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 230.

passou a possuir elementos normativos, de extrema importância à adequada individualização das condutas valoradas pelo legislador como criminosas.

2.3.3 Fase da *ratio essendi* da antijuridicidade

A teoria da *ratio essendi* foi a que mais se distanciou da proposta de “tipo avalorado” apresentada por Beling na fase de independência. “Edmund Mezger, em 1931, não aceitando a natureza meramente descritiva do tipo exposta por Beling, estreitou mais a conexão que Mayer estabelecera entre a tipicidade e a antijuridicidade.”⁶⁰ Dessa forma, na “terceira fase, o tipo passou a ser a própria razão de ser da ilicitude, a sua *ratio essendi*. Não há que se falar em fato típico se a conduta praticada pelo agente for permitida pelo ordenamento jurídico.”⁶¹

Ao tratar da teoria da *ratio essendi*, Bitencourt preleciona:

Para Mezger, a tipicidade é muito mais que indicio, muito mais que *ratio cognoscendi* da antijuridicidade, constituindo, na realidade, a base desta, isto é, a sua *ratio essendi*. Assim, tipicidade e antijuridicidade unem-se de tal forma que a primeira é a razão de ser da segunda.⁶²

Como decorrência dessa relação umbilical, de quase união, entre a tipicidade e a antijuridicidade, diante de uma conduta típica, a eliminação da ilicitude afasta a caracterização do próprio fato típico. Dessa forma, para a teoria da *ratio essendi*, a tipicidade e a ilicitude ou antijuridicidade, estão de tal forma interligadas que a segunda tem na primeira a sua razão de ser.

Rogério Greco, discorrendo sobre o tema, afirma, a título de exemplo, que:

o art. 121 do Código Penal, para aqueles que adotam a teoria da *ratio essendi*, estaria assim redigido: "Matar alguém, ilicitamente". O fato, para essa teoria, ou é típico e antijurídico desde a sua origem, em razão da ausência de qualquer causa de exclusão da ilicitude, ou é atípico e lícito desde o início, em face da presença de uma causa de justificação.⁶³

⁶⁰ JESUS, Damasio E. de (Damasio Evangelista de). **Direito penal**. 29. ed. rev. e atual. São Paulo (SP): Saraiva, 2008. p. 263.

⁶¹ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral** (arts. 1. a 120 do CP). 13. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro (RJ): Impetus, 2011. p. 162

⁶² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Erro de tipo e erro de proibição**. 5. ed. São Paulo (SP): Saraiva, 2010. p. 22.

Na esteira da teoria da *ratio essendi*, surgiu a chamada teoria dos elementos negativos do tipo, que considera também atípica a conduta que não for antijurídica, em razão da presença de um tipo permissivo configurador de uma causa de justificação. Assim, para os adeptos dessa teoria, para “que possa ser considerada típica a ação, deverá ela também ser ilícita, ou seja, não permitida pelo ordenamento jurídico, em face da inexistência de uma causa de justificação.”⁶⁴

Buscando clarificar ainda mais a questão, Rogério Greco, citando Jescheck, preleciona que, para a teoria dos elementos negativos,

o tipo deve abarcar não só as circunstâncias típicas do delito, senão todas aquelas que afetem a antijuridicidade. Os pressupostos das causas de justificação se entendem, assim, como elementos negativos do tipo. Incluem-se, portanto no tipo, porque somente quando faltam é possível um juízo definitivo sobre a antijuridicidade do fato. Elementos do tipo e pressupostos das causas de justificação se reúnem, por esta via, em um tipo total e se situam sistematicamente em um mesmo nível.⁶⁵

A teoria da *ratio essendi* da antijuridicidade, ao transformar a tipicidade na razão de ser da ilicitude, não permitindo, dessa forma, uma separação entre esses dois elementos integrantes da conduta criminosa, foi objeto de diversas críticas. Lembra Damásio de Jesus⁶⁶ que, de acordo com a referida teoria, “todas as condutas típicas seriam antijurídicas”, de modo que, “na figura externa do homicídio pode enquadrar-se o ato do soldado que mata o inimigo, e se encontra o do carrasco que executa o sentenciado”. E arremata, afirmando que se no tipo somente contivesse atos ilícitos, “todas essas condutas teriam de ser consideradas injustos tipificados, o que constitui absurdo.”

Eugenio Raul Zaffaroni e José Henrique Pierangeli também não pouparam críticas à teoria dos elementos negativos do tipo, pontificando que ela “faz retroagir a teoria do delito aos tempos anteriores à introdução do conceito de tipo penal, a este reduzindo a dois caracteres específicos”.⁶⁷

⁶³ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral (arts. 1. a 120 do CP). 13. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro (RJ): Impetus, 2011. p. 162.

⁶⁴ Ibidem, p. 164.

⁶⁵ Ibidem, p. 163.

⁶⁶ JESUS, Damasio E. de (Damasio Evangelista de). **Direito penal**. 29. ed. rev. e atual. São Paulo (SP): Saraiva, 2008. p. 263-264.

⁶⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo (SP): Revista dos Tribunais, 2011. p. 396.

2.4 A Teoria Adotada no Brasil pela Doutrina Majoritária⁶⁸

Todas as teorias tiveram a sua importância na construção e no desenvolvimento da dogmática penal. Com Beling iniciou-se a compreensão que temos hoje de tipo e tipicidade, partindo de uma noção de tipo neutro, cuja função era somente descrever condutas. Com relação à teoria de Beling, Zaffaroni e Pierangeli afirmam:

Rejeitamos a teoria do *tipo avalorado*, porque implica no desconhecimento de que uma norma está sempre anteposta ao tipo, circunstância que, se admitida, torna inviável a afirmação de que a tipicidade não nos diz absolutamente nada a respeito da antijuridicidade.⁶⁹

Apesar de sua concepção avalorada de tipo ter sido rechaçada pela quase totalidade da doutrina, sua contribuição para a dogmática penal é imensa, ao separar e individualizar os elementos componentes do fato criminoso.

Em que pese a importância dogmática de todas essas concepções históricas, Damásio de Jesus, ao analisar o desenvolvimento da tipicidade, afirma que é “de Mayer a concepção que melhor se adapta à prática penal. A tipicidade não é a *ratio essendi* da antijuridicidade, mas seu indício (*ratio cognoscendi*)”⁷⁰. Dessa forma, analisa o referido autor que:

Praticado um fato típico, presume-se também antijurídico, até prova em contrária: o tipo legal indica a antijuridicidade. Quando o legislador, na Parte Especial do Código, cunha as condutas em tipos, não as supõe neutras em face do injusto, mas acredita que sejam ilícitas. Com isso não se quer dizer que o típico seja a razão de ser do injusto, mas sim que o concretiza e assinala.⁷¹

Nessa mesma toada, endossando o posicionamento colacionado acima, afirma Flávio Monteiro de Barros que “a concepção ideal para a tipicidade decorre

⁶⁸ Eugênio Raul Zaffaroni, Damásio de Jesus, Guilherme de Souza Nucci, Flávio Augusto Monteiro de Barros, Fernando Capez e Cezar Roberto Bitencourt.

⁶⁹ *idem*.

⁷⁰ JESUS, Damasio E. de (Damasio Evangelista de). **Direito penal**. 29. ed. rev. e atual. São Paulo (SP): Saraiva, 2008. p. 264.

⁷¹ *Idem*.

da conjugação da teoria da tipicidade indiciária, decorrente da teoria da tipicidade indiciária, desenvolvida por Beling e Mayer, mesclada com as ideias finalistas.”⁷²

Evolui-se, assim, para um aspecto mais abrangente da tipicidade, atestando-a não como um fim em si mesmo, mas como indício da antijuridicidade. A ocorrência de um fato típico, portanto, com a evolução da dogmática penal, não necessariamente constituirá em ilícito, haja vista a possibilidade de que o ato, dadas as circunstâncias em que foi levado a efeito, possa estar amparado na mais ampla legalidade.

A tipicidade legal, conforme restou verificado, é a conformação da ação do agente dentro dos tipos legais. Evidencia-se, agora, que o tipo legal é a *ratio cognoscendi* da conduta típica ou, em outras palavras, o indício de que o ato constitua crime. Para que seja reconhecido como tal e, enfim, passível de punição, faz-se necessário que seja comprovada a sua antijuridicidade pela ausência da causa de justificação.

Por esta razão a teoria da *ratio essendi* foi por tantos refutada, portando em si a falha teratológica de ver na tipicidade, a partir do momento em que fossem identificados os elementos constituintes do tipo legal, a existência da ilicitude. A afirmação aparentemente redundante, utilizada com propriedade por Greco para identificar o homicídio levando-se em consideração a teoria da *ratio essendi*, - “matar alguém, ilicitamente” - seria não somente desejável, como necessária, haja vista que o ato de matar alguém, desde que acompanhado de uma causa de justificação devidamente estabelecida, não constituirá crime e estará, assim, livre de punição.

Analisadas as teorias que levaram à evolução da dogmática penal e a importância de bem discernir a tipicidade do ato reconhecidamente ilícito, serão estudados, a partir de agora, os aspectos a que se deve ater o legislador quando da definição dos tipos legais, a definição dos bens jurídicos que deverão ser tutelados e a criação das normas que os protegerão para, ao final, chegar-se à tipicidade conglobante.

⁷² BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 232.

3 TIPLICIDADE CONGLOBANTE

3.1 Considerações Iniciais

Discorreu-se, no capítulo anterior, sobre a tipicidade legal, seu conceito e características, sua diferenciação do tipo legal e sua evolução histórico-dogmática. Pois bem, ao longo deste capítulo será demonstrado que a mera subsunção da conduta do agente ao tipo legal não é suficiente para se concluir pela tipicidade penal.

Compreender-se-á que subjacente ao tipo existe uma norma incriminadora, e que também deve ser violada pela ação levada a efeito pelo agente, sem que exista outra norma na ordem jurídica (e que saia preponderante na análise da aparente antinomia) que ordene ou fomente tal conduta, bem como afete o bem jurídico protegido.

Assim, o juízo de tipicidade exige uma dupla análise, um duplo juízo. É o que será estudado a seguir.

3.2. Antinormatividade

3.2.1 Norma, Tipo e Bem Jurídico

Norma, tipo e bem jurídico estão insitamente relacionados. A criação do bem jurídico é resultado, inicialmente, da valoração de um ente pelo legislador. Essa valoração se traduz numa norma que, por sua vez, se consubstancia numa lei. Esse juízo de valor, inicialmente levado a efeito pela “consciência coletiva”⁷³ e, posteriormente, pelo legislador, incide sobre os entes presentes na sociedade tidos e havidos como os mais importantes e carentes de proteção.

Conforme exposto anteriormente, a norma resultante desse processo de valoração será traduzida numa lei, e se a proteção do ente for realizada pelo Direito

⁷³ VARGAS, Jose Cirilo de. **Do tipo penal**. Belo Horizonte: UFMG, 1987. p.11.

Penal, a tutela, por intermédio da lei penal, estará consubstanciada em um tipo penal. É o que afirmam Zaffaroni e Pierangeli, com bastante didatismo:

Vejamos o que se passa com um pouco mais de clareza: o legislador encontra-se diante do ente "vida humana" e tem *interesse* em tutelá-La, porque a valora (a considera positiva, boa, necessária, digna de respeito etc.). Este *interesse jurídico* em tutelar o ente "vida humana" deve ser traduzido em uma norma; quando se pergunta "como tutelá-Lo?", a única resposta é: "proibindo matar". Esta é a norma proibitiva "não matarás". Esta norma deve ser expressa em leis e, com isto, a vida humana se revelará como um bem jurídico.⁷⁴

A norma incriminadora, portanto, é criada com o fito de tutelar o ente, transformando-o em bem jurídico. O bem jurídico, dessa forma, consiste em "todo valor da vida humana protegido pelo Direito"⁷⁵, e só passa a existir, na forma como está definido acima, após o processo legislativo de elaboração da uma lei.

A importância do bem jurídico, para o Direito Penal, pode ser medida pelas palavras de Callegari, que constata que atualmente "tem-se praticamente como pacificado (ressaltando-se que ainda há dissensos doutrinários) que o Direito Penal deve ter como função a proteção de bens jurídicos"⁷⁶.

Contudo, nunca é demais ressaltar que o Direito Penal, devido ao seu caráter fragmentário, deve ocupar-se somente daqueles entes vitais e essenciais, cuja tutela penal se mostra extremamente necessária. Assim, não se deve utilizá-lo para tutelar quaisquer entes que tiveram algum valor para corpo social. Dessa forma, a proteção de bens não muito importantes para a sociedade deverá ser deixada (se alguma proteção for necessária) para as outras áreas do Direito.

Assim, nas palavras de Bitencourt, o Direito Penal:

não constitui um "sistema exaustivo" de proteção de bens jurídicos, de sorte a abranger todos os bens que constituem o universo dos bens do indivíduo, mas representa um "sistema descontínuo" de seleção de ilícitos decorrente

⁷⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo (SP): Revista dos Tribunais, 2011. p. 397.

⁷⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 14. ed. São Paulo (SP): Saraiva, 2009. p. 278.

⁷⁶ CALLEGARI, André Luís. **Teoria geral do delito e da imputação objetiva**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 29.

da necessidade de criminalizá-los ante a indispensabilidade da proteção jurídico-penal.⁷⁷

Em linhas gerais, numa síntese precisa, nos casos em que se faz necessário, quando se deseja oferecer uma tutela penal ao ente considerado, em tese, imprescindível ao corpo social, “o legislador vai do ente à norma e desta ao tipo”⁷⁸

3.2.2. Conceito de Antinormatividade

Afirmou-se no tópico anterior que o tipo legal é o resultado final de um longo processo, que tem início com um juízo de valor realizado pela sociedade sobre um ente, passa pela elaboração de uma norma mandamental com o fito de protegê-lo e culmina na aprovação de uma lei. Observa-se que a norma elaborada pelo legislador, por si só, não tutela o ente, necessitando ser consubstanciada numa lei. Assim nascem os tipos legais, assim entes transmutam-se em bens jurídicos. Dessa forma, quando o agente comete um crime e é alvo do *jus puniendi* estatal, sua conduta não infringiu somente um tipo legal, mas também violou a norma que lhe é subjacente.

A infringência do tipo e a violação da norma podem ser melhor visualizadas nas palavras de Zaffaroni e Pierangeli, que afirmam:

Conforme este processo de gestação, resultará que a conduta que se adequa a um tipo penal será, necessariamente, contrária à norma que está anteposta ao tipo legal, e afetará o bem jurídico tutelado. A conduta adequada ao tipo penal do art. 121 do CP será contrária à norma "não matarás", e afetará o bem jurídico vida humana; a conduta adequada ao tipo do art. 155 será contrária à norma "não furtarás", e afetará o bem jurídico patrimônio etc.⁷⁹

⁷⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 14. ed. São Paulo (SP): Saraiva, 2009. p. 15.

⁷⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo (SP): Revista dos Tribunais, 2011. p. 397.

⁷⁹ Ibidem. p. 398.

Assim, fica claro que “a conduta, pelo fato de ser penalmente típica, necessariamente deve ser também antinormativa”⁸⁰, ou seja, deve ser contrária à norma que subjaz à base do tipo penal. Mas não basta que a conduta do agente apenas infrinja o tipo e viole a norma; ela deve também afetar o bem jurídico. Conforme se estudará no tópico seguinte, relacionado à tipicidade material, não é qualquer afetação ao bem jurídico que deve ser levado em conta quando da análise da conduta realizada pelo agente. A afetação deve apresentar um risco ao bem jurídico que apresente relevância social e que justifique a movimentação da máquina punitiva estatal.

Zaffaroni e Pierangeli, ao analisarem a conduta do agente que contraria a norma, afirmam:

A antinormatividade não é comprovada somente com a adequação da conduta ao tipo legal, posto que requer uma investigação do alcance da norma que está anteposta, e que deu origem ao tipo legal, e uma investigação sobre a afetação do bem jurídico. Esta investigação é uma etapa posterior do juízo de tipicidade (...)⁸¹.

Por outro lado, quando adentrarmos no estudo da tipicidade conglobante, veremos que algumas condutas, apesar de infringirem o tipo, não violam necessariamente a norma subjacente, em razão da presença, na ordem normativa, de outra norma que ordene ou fomenta tal conduta. A presença, na mesma ordem normativa, de duas normas que versam sobre o mesmo assunto e apresentam disposições contrárias, origina um aparente conflito de normas. Este aparente conflito não pode subsistir, sob pena de comprometer seriamente o sistema normativo, que tem entre suas principais características a coesão entre as normas que lhe dão sustentação.

Neste mesmo sentido estão as lições do professor Norberto Bobbio, citado por Rogério Greco:

“Um ordenamento jurídico constitui um sistema porque não podem coexistir nele normas incompatíveis. Aqui, 'sistema' equivale a validade do princípio, que exclui a incompatibilidade das normas. Se num ordenamento vêm a existir normas incompatíveis, uma das duas ou ambas devem ser eliminadas. Se isso é verdade, quer dizer que as normas de um

⁸⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo (SP): Revista dos Tribunais, 2011. p. 398.

⁸¹ Idem.

ordenamento têm um certo relacionamento entre si, e esse relacionamento é o relacionamento de compatibilidade, que implica na exclusão da incompatibilidade”⁸².

Na mesma toada, Zaffaroni e Pierangeli, citando Welzel, afirmam que:

Uma ordem normativa, na qual uma norma possa ordenar o que a outra pode proibir, deixa de ser ordem e de ser normativa e torna-se uma "desordem" arbitrária. As normas jurídicas não "vivem" isoladas, mas num entrelaçamento em que umas limitam as outras, e não podem ignorar-se mutuamente. Uma ordem normativa não é um caos de normas proibitivas amontoadas em grandes quantidades, não é um depósito de proibições arbitrárias, mas uma ordem de proibições, uma ordem de normas, um conjunto de normas que guardam entre si uma certa ordem, que lhes vem dada por seu sentido geral: seu objetivo final, que é evitar a guerra civil (a guerra de todos contra todos, *bellum omnium contra omnes*)⁸³

Dessa forma, depreende-se que “não é possível que no ordenamento jurídico, que se entende como perfeito, uma norma proíba aquilo que outra imponha ou fomenta”.⁸⁴ Quando o intérprete verificar a presença dessa antinomia, deverá levar a cabo um processo de interpretação que privilegie a verdadeira norma que deve ser aplicada ao caso, tendo consciência de que, na verdade, esse “conflito é apenas aparente, porque na verdade uma única norma tem incidência”.⁸⁵

Destarte, conforme pincelado acima, nem toda conduta que infringe a lei viola a norma, em virtude da existência de uma aparente antinomia no sistema normativo, consubstanciada na presença de normas também aparentemente conflitantes. Em virtude da ordem normativa ser um sistema que se pretende coeso, esse conflito deve ser solucionado. A verificação da antinormatividade, portanto, nem sempre é tarefa simples, de modo que exige do intérprete, em algumas situações, o trabalho de verificar, em cotejo com a ordem normativa, o real alcance da norma subjacente ao tipo.

3.2.3 Antinormatividade e Antijuridicidade

⁸² GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral (arts. 1. a 120 do CP). 13. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro (RJ): Impetus, 2011. p. 158.

⁸³ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo (SP): Revista dos Tribunais, 2011. p. 399-400.

⁸⁴ GRECO, Rogério. op. cit., p. 157.

⁸⁵ BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 236.

Não se deve confundir antinormatividade com a antijuridicidade. A primeira consiste na violação da norma subjacente ao tipo, numa análise conglobada com outras normas do sistema normativo; a segunda é a contrariedade da conduta com a ordem jurídica. A antinormatividade compõe uma das etapas do juízo de tipicidade, ao passo que a antijuridicidade (que será estudada com mais vagar no capítulo três), dentro do conceito analítico de crime, é um de seus elementos componentes.

Preliminarmente, é preciso que se faça uma distinção entre ordem jurídica e ordem normativa. A ordem jurídica possui um conceito mais amplo, não encampando apenas normas proibitivas, como restritivamente faz a ordem normativa, mas também preceitos permissivos. A respeito do tema, Zaffaroni e Pierangeli prelecionam:

A ordem jurídica não se esgota na ordem normativa, isto é, não é apenas um conjunto ordenado de normas proibitivas, mas também está integrada com preceitos permissivos. Estes preceitos permissivos não implicam uma contradição com as normas; ao contrário, as pressupõem, em um jogo harmônico de normas proibitivas e preceitos permissivos.⁸⁶

Dito isso, resta evidenciado que nem só de normas proibitivas (e, por via de consequência, de tipos proibitivos) compõe-se o sistema jurídico, tendo em vista a presença de preceitos permissivos. Dito de outra forma, diz-se que a “antijuridicidade pressupõe a antinormatividade, mas não é suficiente a antinormatividade para configurar a antijuridicidade, pois a antinormatividade pode ser neutralizada por um preceito permissivo”.

Assim, segundo Zaffaroni e Pierangeli, o “preceito permissivo dá lugar a uma causa de justificação, isto é, a um tipo permissivo. É uma permissão que a ordem jurídica outorga em certas situações conflitivas”.⁸⁷

As causas de justificação presentes no Código Penal, como a legítima defesa e o estado de necessidade, são formadas por preceitos permissivos. Dessa forma, uma conduta que se subsume a um tipo legal incriminador, pode não se

⁸⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo (SP): Revista dos Tribunais, 2011. p. 401.

⁸⁷ idem.

configurar em crime em virtude da presença de algum tipo permissivo. Justamente por isso que a ordem jurídica não se esgota na ordem normativa.

3.3 Tipicidade Material

A par da análise da antinormatividade da conduta, é preciso verificar, no contexto desse “duplo juízo” de tipicidade, se a conduta do agente, além de infringir a norma, também afetou o bem jurídico objeto de tutela. Mas conforme adiantado no tópico anterior, não é qualquer afetação ao bem jurídico que adquire relevo para o Direito Penal de modo a justificar a movimentação do *jus puniendi* estatal. A conduta, vale sempre frisar, deve sempre apresentar algum perigo real para o bem jurídico tutelado pelo Direito Penal. Assim considera Bitencourt, quando afirma que:

Para que se tipifique algum crime, em sentido material, é indispensável que haja, pelo menos, um *perigo concreto*, real e efetivo de dano a um bem jurídico penalmente protegido. Somente se justifica a intervenção estatal em termos de *repressão penal* se houver efetivo e concreto ataque a um interesse socialmente relevante, que represente, no mínimo, perigo concreto ao bem jurídico tutelado.⁸⁸

O renomado doutrinador Rogério Greco, ao analisar a conduta de um motorista de automóvel que, durante uma manobra imprudente, atinge a perna de um pedestre, causando-lhe um pequeno arranhão, nos fornece um exemplo bastante elucidativo acerca da importância da análise da tipicidade material quando da realização do juízo de tipicidade nos casos concretos:

Se analisarmos o fato, chegaremos à seguinte conclusão: a conduta foi culposa; houve um resultado; existe um nexo de causalidade entre a conduta e o resultado; há tipicidade formal, pois existe um tipo penal prevendo esse modelo abstrato de conduta. Ingressando no estudo da tipicidade conglobante, concluiremos, primeiramente, que a conduta praticada é antinormativa, haja vista não ser ela imposta ou fomentada pelo Estado. Contudo, quando iniciarmos o estudo da tipicidade material, verificaremos que, embora a nossa integridade física seja importante a ponto de ser protegida pelo Direito Penal, nem toda e qualquer lesão estará abrangida pelo tipo penal.⁸⁹

⁸⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 14. ed. São Paulo (SP): Saraiva, 2009. p. 22.

⁸⁹ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral (arts. 1. a 120 do CP). 13. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro (RJ): Impetus, 2011. p. 159-160.

Dessa forma verifica-se, nos casos como o relatado acima, que não é qualquer arranhão que poderá ser considerado lesão ao bem jurídico, porque devido ao “conceito de tipicidade material, excluem-se dos tipos penais aqueles fatos reconhecidos como de bagatela, nos quais tem aplicação o princípio da insignificância”.⁹⁰ Por isso que o juízo de tipicidade, além da análise da antinormatividade, deve ser levada a efeito uma avaliação da lesão ou da efetiva ameaça de lesão ao bem jurídico.

Dessa forma, conforme preleciona Paulo Cesar Piva,

chegamos à indelével ilação de que não basta somente que a conduta se ajuste ao tipo legal, devendo, ainda, causar uma lesão social significativamente relevante para a eficaz caracterização do crime, muito embora, sob o ângulo estritamente formal, encontrar-se aquela ação subsumida à figura delitiva que lhe foi direcionada.⁹¹

Assim, com a comprovação da afetação real e concreta do bem jurídico, configurada está a tipicidade material, um dos requisitos para a configuração da tipicidade conglobante da conduta.

3.4 Tipicidade Conglobante

Verificou-se nos tópicos anteriores que os bens jurídicos são tutelados pelo Direito Penal através dos tipos legais, e que, subjacentes a estes tipos, repousam as normas incriminadoras. Vimos também que a conduta do agente, em alguns casos, apesar de violadora do tipo legal, pode não apresentar a característica da antinormatividade, em razão ser, dentro de uma análise conglobada da ordem jurídica, imposta ou fomentada por outra norma. Na análise da antinormatividade deve-se atentar também para o fato de que a conduta deve afetar de forma real o bem jurídico tutelado.

⁹⁰ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral (arts. 1. a 120 do CP). 13. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro (RJ): Impetus, 2011, p. 160.

⁹¹ Piva, Paulo Cesar (2000), “**Princípio de insignificância – excludente de ilicitude e tipicidade penal**”. *Revista Jurídica*, 275, p. 62

Valendo-se, mais um vez, dos ensinamentos de Zaffaroni e Pierangeli, em suma, tem-se que:

Isto nos indica que o juízo de tipicidade não é um mero juízo de *tipicidade legal*, mas que exige um outro passo, que é a comprovação da *tipicidade conglobante*, consistente na averiguação da proibição através da indagação do alcance proibitivo da norma, não considerada isoladamente, e sim *conglobada* na ordem normativa.⁹²

Mas, então, o que seria exatamente a tipicidade conglobante? Quando ela se manifesta? Segundo o magistério de Rogério Greco:

A tipicidade conglobante surge quando comprovado, no caso concreto, que a conduta praticada pelo agente é considerada antinormativa, isto é, contrária à norma penal, e não imposta ou fomentada por ela, bem como ofensiva a bens de relevo para o Direito Penal (tipicidade material).⁹³

Dessa forma, quando se analisa a subsunção da conduta do agente ao tipo, faz-se necessária a realização de um duplo juízo de tipicidade: inicialmente constata-se a tipicidade legal, e, posteriormente, a presença da tipicidade conglobante. Para visualização da teoria, Zaffaroni e Pierangeli⁹⁴ fornecem o exemplo, largamente reproduzido, do oficial de justiça que, por ordem de juiz competente, realiza, com auxílio da força policial, ordem de penhora e sequestro de um quadro, em face da cobrança de um crédito vencido por seu legítimo credor. Os renomados autores afirmam que o “mais elementar senso comum indica que esta conduta não pode ter qualquer relevância penal”⁹⁵, mas lançam um questionamento acerca dos motivos de a conduta não ser considerada crime, e asseveram:

Receberemos a resposta de que esta conduta enquadra-se nas previsões do art. 23, III, do CP: “Não há crime quando o agente pratica o fato... em estrito cumprimento de dever legal...”. É indiscutível que ela aí se enquadra, mas que caráter do delito desaparece quando um sujeito age em cumprimento de um dever?

Para boa parte da doutrina, o oficial de justiça teria atuado ao amparo de uma causa de justificação, isto é, que faltaria a antijuridicidade da conduta, mas que ela seria típica.

⁹²ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo (SP): Revista dos Tribunais, 2011. p. 400.

⁹³ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral** (arts. 1. a 120 do CP). 13. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro (RJ): Impetus, 2011. p. 157.

⁹⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, op. cit., p. 399-401.

⁹⁵ Ibidem. p. 399.

Para nós, esta resposta é inadmissível, porque tipicidade implica antinormatividade (contrariedade à norma) e não podemos admitir que na ordem normativa uma norma ordene o que outra proíbe.⁹⁶

A conduta do oficial de justiça, em cumprimento de uma ordem judicial, analisada à luz da doutrina majoritária, seria, ironicamente, uma conduta típica. Para Zaffaroni e Pierangeli, não seria nada além de um indiferente penal, na medida em que:

pode ocorrer que o tipo legal pareça incluir estes casos na tipicidade, como sucede com o do oficial de justiça, e no entanto, quando penetramos um pouco mais no alcance da norma que está anteposta ao tipo, nos apercebemos que, interpretada como parte da ordem normativa, a conduta que se adequa ao tipo legal não pode estar proibida, porque a própria ordem normativa a ordena e a incentiva.⁹⁷

Em virtude desse necessário “duplo juízo” de tipicidade, com análise conglobada da conduta do agente, os renomados autores acima citados afirmam:

A tipicidade conglobante é um corretivo da tipicidade legal, posto que pode excluir do âmbito do típico aquelas condutas que apenas aparentemente estão proibidas, como acontece no caso exposto do oficial de justiça, que se adequa ao "subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel" (art. 155, caput, do CP), mas que não é alcançada pela proibição do "não furtarás".⁹⁸

Rogério Greco também apresenta, a título de visualização, um exemplo bastante elucidativo acerca da aplicação da tipicidade conglobante, quando discorre sobre o carrasco que fuzila o condenado sentenciado a morte. Analisando a atitude do carrasco à luz do conceito analítico de crime, que decompõe o crime em fato típico, ilícito e culpável, Greco assevera:

O fato típico, como já dissemos, é composto pelos seguintes elementos: conduta dolosa ou culposa, resultado, nexos de causalidade entre a conduta e o resultado e a tipicidade penal (formada pelas tipicidades formal e conglobante). No exemplo fornecido, o carrasco havia dirigido a sua conduta finalisticamente no sentido de causar a morte do condenado,

⁹⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo (SP): Revista dos Tribunais, 2011. p. 399.

⁹⁷ Ibidem. p. 400.

⁹⁸ Idem.

agindo, portanto, com dolo. Houve um resultado - morte do executado. A conduta do carrasco produziu o resultado (nexo de causalidade).⁹⁹

Analisados e confirmados os primeiros elementos que compõem o fato típico, o autor passa à análise da tipicidade da conduta do carrasco:

Agora, teremos de saber se o fato praticado é típico. O primeiro passo, na ordem que foi anunciada, é descobrir se a conduta do carrasco subsume-se a um modelo abstrato previsto pela lei penal, a fim de descobrirmos se, no caso concreto, há tipicidade formal. Em conclusão, diremos que existe formalmente adequação típica da conduta do carrasco em face do art. 121 do Código Penal.¹⁰⁰

Este primeiro juízo de tipicidade ainda não é suficiente, posto que a conduta necessita de uma segunda análise, mais aprofundada, qual seja, a análise da tipicidade conglobante. Conforme já assentado, para a caracterização da tipicidade conglobante exige-se que a conduta seja antinormativa, “isto é, contrária à norma penal, e não imposta ou fomentada por ela, bem como ofensiva a bens de relevo para o Direito Penal (tipicidade material).”¹⁰¹ Dessa forma, o autor prossegue na análise do caso:

Voltando ao exemplo do carrasco, teríamos de raciocinar da seguinte maneira: existe uma norma contida no art. 121 do Código Penal que diz ser proibido matar. Embora exista essa norma, a proibição nela contida se dirige a todos, até mesmo ao carrasco que tem um dever legal de matar nos casos de pena de morte? A resposta só pode ser negativa. Com isso queremos afirmar que a proibição contida no art. 121 do Código Penal se dirige a todos, à exceção daqueles que têm o dever de matar. No confronto entre a proibição (norma contida no art. 121 do CP) e uma imposição (norma que determina que o carrasco execute a sentença de morte) devemos concluir que a proibição de matar, nos casos em que a lei prevê, não se dirige ao carrasco.¹⁰²

Assim, o renomado autor conclui que a conduta do carrasco:

não seria antinormativa, contrária à norma, mas, sim, de acordo, imposta pela norma. Resolve-se, portanto, o problema da antinomia, conforme proposto por Bobbio, pois se "antinomia significa o encontro de duas proposições incompatíveis, que não podem ser ambas verdadeiras, e, com referência a um sistema de normas, o encontro de duas normas que não podem ser ambas

⁹⁹ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral (arts. 1. a 120 do CP). 13. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro (RJ): Impetus, 2011. p. 157.

¹⁰⁰ Idem.

¹⁰¹ Idem.

¹⁰² Ibidem, p. 158.

aplicadas, a eliminação do inconveniente não poderá consistir em outra coisa senão na eliminação de uma das duas normas.¹⁰³

Em face do exposto, Rogério Greco afirma que com o “conceito de antinormatividade esvazia-se um pouco as causas de exclusão da ilicitude nos casos especificamente de estrito cumprimento de dever legal”¹⁰⁴, uma vez que nessa hipótese há uma imposição, determinada pela lei, para que o carrasco cause a morte do condenado; não se fala, portanto, em permissão para o carrasco agir ao seu talante, guiado pelo próprio arbítrio. Sua conduta, em verdade, é motivada pelo cumprimento com um dever legal. Este assunto que será analisado no próximo tópico com bastante destaque.

Por outro lado, muitas vezes o legislador, além de determinar a realização de certas condutas, também elabora leis que apesar de não imporem, fomentam determinadas atividades. Greco, ao discorrer sobre o tema, ampara-se nos ensinamentos de Zaffaroni e Pierangeli, e cita o exemplo do médico que intervém no paciente com a finalidade terapêutica, onde, apesar de “machucar” o paciente, o médico tem sua atividade fomentada pelo Estado. O célebre autor com um exemplo paradigmático:

Agora, se o profissional da medicina atua com a finalidade de executar uma cirurgia estética, a sua atividade já não mais seria considerada fomentada pelo Estado, mas somente permitida, tolerada, razão pela qual, neste último caso, embora típica a sua conduta, não seria ilícita, em virtude da ocorrência da causa de justificação prevista na segunda parte do inciso III do art. 23 do Código Penal, vale dizer, o exercício regular do direito.¹⁰⁵

Falou-se até agora, basicamente, das condutas que são ordenadas pelas normas, mas há casos de condutas que são fomentadas pelo estado, como ação do médico que intervém no paciente com finalidade terapêutica.

Mais uma vez, Rogério Greco, forte na lição dos renomados autores Zaffaroni e Pierangeli, assevera que:

Além dos casos em que houver determinação legal para a prática de certas condutas nas quais, formalmente, haveria adequação típica, podem ocorrer

¹⁰³ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral** (arts. 1. a 120 do CP). 13. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro (RJ): Impetus, 2011. p. 158.

¹⁰⁴ Ibidem, p. 159.

¹⁰⁵ Idem.

hipóteses em que a lei, embora não impondo, fomenta certas atividades. Podemos citar, também na esteira de Zaffaroni e Pierangeli, o caso do médico que intervém no paciente com finalidade terapêutica, curativa. Nesse caso, segundo os renomados autores, também não se poderia qualificar a conduta de antinormativa, visto ser essa atividade, ou seja, o exercício da medicina terapêutica, fomentada pelo Estado. Se o médico realizasse uma intervenção cirúrgica com a finalidade de salvar a vida do paciente, sua conduta seria atípica, pois não seria contrária à norma (antinormativa), mas, sim, por ela fomentada.¹⁰⁶

Assim, fica claro que nem sempre há atipicidade conglobante por conta de outra norma que determinada a conduta do agente sob análise; podem ocorrer situações em que atipicidade conglobante resta configurada por conta de outra norma, preponderante perante o caso, que fomenta a ação sob análise.

¹⁰⁶ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral** (arts. 1. a 120 do CP). 13. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro (RJ): Impetus, 2011. p. 159.

4 TIPICIDADE PENAL E A APLICABILIDADE DA TEORIA DA TIPICIDADE CONGLOBANTE NAS HIPÓTESES DE ESTRITO CUMPRIMENTO DE UM DEVER LEGAL E EXERCÍCIO REGULAR DE UM DIREITO

4.1 Conceito de Tipicidade Penal

No capítulo relacionado à tipicidade legal, verificou-se que a simples subsunção de uma conduta humana ao tipo incriminador previsto em lei gera a tipicidade legal. Essa tipicidade surgiria, portanto, com a mera constatação de adequação – que deve ser perfeita – da conduta ao tipo incriminador. Em última análise, ela seria fruto de um juízo formal de adequação.

Não obstante, essa subsunção formal não esgota a análise da tipicidade, que reclama, para a sua completa configuração, que a conduta do agente, além de adequar-se ao tipo legal, também viole a norma que lhe é subjacente e afete o bem jurídico tutelado. Esta segunda análise da conduta, mais aprofundada, é análise da tipicidade conglobante, que deve ser levada a efeito considerando a norma no contexto global do ordenamento, numa análise conglobada com a ordem jurídica, na medida em que a conduta violadora da norma subjacente ao tipo pode, em muitos casos, ser exigida ou fomentada por outra norma pertencente à ordem jurídica. Este fato, após a resolução da aparente antinomia apresentada, pode resultar na atipicidade conglobante da ação.

Assim, a tipicidade conglobante restaria verificada se, num juízo conglobado com a ordem jurídica, a violação da norma sob análise subsistisse perante todas as outras normas do ordenamento jurídico. Dessa forma, sem receio de incorrer-se em tautologias, uma vez verificado que a conduta do agente subsume-se perfeitamente ao tipo legal previsto na lei, violando também a norma que lhe é subjacente e afetando o bem jurídico, verificada estará também a tipicidade penal.

Portanto, só há que se falar em tipicidade penal quando a tipicidade legal e a tipicidade conglobante restarem confirmadas.

Por outro lado, questão de suma importância refere-se à afetação do interesse jurídico tutelado. Se o bem jurídico não for afetado de forma substancial, a

justificar a ação estatal, não se confirma a tipicidade conglobante, uma vez que esta é formada, conforme demonstrado no capítulo referente à tipicidade conglobante, pela antinormatividade e pela tipicidade material.

A configuração da atipicidade conglobante – e por via de consequência, da atipicidade penal - por ausência de tipicidade material (ausência de afetação do bem jurídico) é largamente verificada na jurisprudência dos juízos e tribunais do país.

O Tribunal Eleitoral de Minas Gerais, aplicando a teoria da tipicidade conglobante, deu provimento ao recurso criminal interposto por uma candidata a vereadora em face da condenação por realização de boca de urna, por considerar tal conduta inexpressiva para o direito (ausência de tipicidade material):

Recurso criminal. Candidata a vereadora. Eleições 2008. Crime de boca de urna - art. 39, § 5º, II, da Lei nº 9.504, de 30/9/1997. Denúncia recebida. Procedência. Condenação em pena de detenção e multa substituída a pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos. Regime aberto. A tipicidade penal engloba a tipicidade formal e a tipicidade conglobante. Esta, por sua vez exige que a conduta praticada pelo agente seja antinormativa e relevante para o direito (tipicidade material). Se existente a tipicidade formal e, além disso, a conduta ser antinormativa, se o fato não é materialmente típico por ser inexpressivo para o direito, descaracteriza-se a tipicidade conglobante, e, de consequência, o fato é atípico. Absolvção. Recurso provido.

(TRE-MG - RC: 3288 MG, Relator: MAURÍCIO TORRES SOARES, Data de Julgamento: 03/05/2011, Data de Publicação: DJEMG - Diário de Justiça Eletrônico-TREMG, Data 10/05/2011)

Ou, como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça em sede de recurso especial, quando da análise de um crime de furto. Observa-se que neste caso o Ministro Relator, dada a mínima gravidade, fez referência à atipia conglobante de um crime configurado, sem fazer referência à descaracterização da tipicidade:

PENAL. RECURSO ESPECIAL. FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. I - No caso de furto, para efeito da aplicação do princípio da insignificância, é imprescindível a distinção entre ínfimo (ninharia) e pequeno valor. Este, ex vi legis, implica eventualmente, em furto privilegiado; aquele, na atipia conglobante (dada a mínima gravidade). II - A interpretação deve considerar o bem jurídico tutelado e o tipo de injusto. III - In casu, imputa-se ao recorrente o furto de 03 calças jeans de reduzido valor. Deve ser aplicado na espécie, portanto, o princípio da insignificância. Recurso especial desprovido.

(STJ - REsp: 1121359 SP 2009/0098324-4, Relator: Ministro FELIX FISCHER, Data de Julgamento: 17/06/2010, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 30/08/2010)

A aplicação da teoria da tipicidade conglobante, portanto, dentro da análise do seu aspecto material, em sintonia com o princípio da insignificância, não é novidade na jurisprudência pátria. Não obstante, o objeto de estudo deste trabalho é a verificação da aplicação da teoria da tipicidade conglobante nas hipóteses de estrito cumprimento de um dever legal e exercício regular de um direito. Esta análise será levada a efeito nos tópicos seguintes, porém, antes, alguns esclarecimentos se fazem necessários: a simples constatação da tipicidade penal não é suficiente para a configuração da conduta do agente como uma conduta criminosa. De acordo com o conceito analítico de crime, dentro de uma concepção tripartida, a conduta, além de típica, necessita, também, ser antijurídica e culpável.

Rogério Greco, citando Welzel, analisa com bastante clareza o conceito analítico de crime:

A tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade são os três elementos que convertem uma ação em um delito. A culpabilidade – responsabilidade pessoal por um fato antijurídico – pressupõe a antijuridicidade do fato, do mesmo modo que a antijuridicidade, por sua vez, tem de estar concretizada em tipos legais. A tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade estão relacionadas logicamente e de tal modo que cada elemento posterior do delito pressupõe o anterior.¹⁰⁷

Assim, o intérprete, ao analisar um fato material, deve verificar inicialmente se o fato é típico, e somente após confirmado este primeiro elemento do crime, poderá levar a efeito a análise da antijuridicidade. E, confirmada esta, passa-se à análise da culpabilidade da conduta.

Feitos esses esclarecimentos fundamentais, passa-se no tópico seguinte à análise da antijuridicidade, que encerra, dentro de suas causas de justificação, o estrito cumprimento de um dever legal e o exercício regular de um direito, cujas relações com a tipicidade, mais especificamente com a tipicidade conglobante, como já foi dito, são o objeto de estudo deste trabalho.

¹⁰⁷ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral (arts. 1. a 120 do CP). 13. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro (RJ): Impetus, 2011. p. 135.

4.2 Antijuridicidade e Tipicidade Penal

4.2.1 Conceito e características da antijuridicidade

Fez-se referência, ao longo dos capítulos anteriores, ao instituto da antijuridicidade, o segundo elemento do conceito analítico de crime. Visto, porém, de forma superficial antes, faz-se necessário agora, para continuidade dos objetivos deste trabalho, definir as suas características principais, de modo a abrir caminho para o estudo do estrito cumprimento de um dever legal e do exercício regular de um direito, duas importantes causas de justificação pertencentes à antijuridicidade, cuja previsão legal encontra-se no art. 23 do código penal¹⁰⁸.

Antes de adentrar-se no assunto, é importante salientar que existem duas terminologias correntes na doutrina para denominar este importante instituto da concepção analítica do crime: antijuridicidade e ilicitude. A doutrina se divide na utilização dos termos, embora signifiquem exatamente a mesma coisa. A duplicidade tem uma razão histórica: por muitos anos o termo corrente na legislação e na doutrina era a antijuridicidade, utilizado por ampla maioria dos juristas. Entretanto, após a reforma da parte geral do código penal, em meados da década de 1980, o termo ilicitude passou a ser o corrente na doutrina e jurisprudência, seguindo as orientações do Ministro Assis Toledo. É o que esclarece Bitencourt:

A reforma penal de 1984, seguindo a orientação de Assis Toledo, adotou a terminologia *ilicitude*, abandonando a tradicional, *antijuridicidade*, que o Código Penal de 1940 utilizava, de resto consagrada na maioria dos países europeus, com exceção de Portugal. Assis Toledo, na sua argumentação, segue o magistério de Carnelutti, que apontava como equívoco chamar de “antijurídico” uma criação do Direito, o delito, que é essencialmente jurídico.¹⁰⁹

Neste trabalho optou-se pela expressão antijuridicidade, ainda utilizada por diversos autores nacionais de renome e “que se mantém atualizada nas

¹⁰⁸ Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato:

I - em estado de necessidade;

II - em legítima defesa;

III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito

¹⁰⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 14. ed. São Paulo (SP): Saraiva, 2009. p. 314.

principais dogmáticas europeias”¹¹⁰, cuja imensa contribuição para o direito penal é inequívoca. Tal preferência não obsta, de forma alguma, eventual evocação da doutrina que utiliza o termo ilicitude, na medida em que as duas expressões significam absolutamente a mesma coisa.

Costuma-se conceituar a antijuridicidade como a ausência de causas de justificação, utilizando-se de um critério negativo, o que, em verdade, não se caracteriza como definição do instituto.

Damásio de Jesus, após afirmar a insuficiência dessa “definição”, utiliza o conceito de Santoro, em consonância com a doutrina clássica, para afirmar que a antijuridicidade “é a contradição do fato, eventualmente adequado ao modelo legal, com a ordem jurídica, constituindo a lesão de um interesse protegido.”¹¹¹

Seguindo na mesma toada, Magalhães Noronha conceitua a antijuridicidade afirmando que:

A ação é antijurídica ou ilícita quando é contrária ao direito. A antijuridicidade exprime uma relação de oposição entre o fato e o direito. Ela se reduz a um juízo, a uma estimativa do comportamento humano, pois o direito penal outra coisa não é que um complexo de normas que tutelam e protegem as exigências ético-sociais. O delito é, pois, a violação de uma dessas normas.¹¹²

Assim, vê-se que é superficial pretender definir a antijuridicidade como a simples ausência das causas de justificação; estas são, em verdade, um requisito para a configuração da antijuridicidade, que, por sua vez, “consiste numa valoração que realiza o juiz acerca da natureza lesiva de um comportamento humano”.¹¹³ A antijuridicidade, portanto, verifica-se quando a conduta humana típica revela-se contrária ao direito, após ser cotejada com a ordem jurídica.

Relembrando o conceito de antinormatividade exposto anteriormente (item 3.2), as precisas palavras de Bitencourt ajudam a clarificar ainda mais a questão:

¹¹⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 14. ed. São Paulo (SP): Saraiva, 2009, p. 315.

¹¹¹ JESUS, Damasio E. de (Damasio Evangelista de). **Direito penal**. 29. ed. rev. e atual. São Paulo (SP): Saraiva, 2008. p. 354.

¹¹² NORONHA, E. Magalhães (Edgard Magalhães). **Direito penal**. 38. ed. rev. e atual. São Paulo (SP): Rideel, 2009. p. 98.

¹¹³ JESUS, Damasio E. de (Damasio Evangelista de). op. cit., p. 354.

A interferência de uma norma permissiva impede que a norma geral abstrata, converta-se em dever jurídico concreto para o autor, autorizando, excepcionalmente, a realização de conduta típica. Nesse sentido, segundo a doutrina welzeliana, quando concorre uma causa de justificação, apesar de a conduta ser *antinormativa* (por infringir uma norma proibitiva), não se apresenta como *antijurídica*, eis que autorizada, excepcionalmente, por outra norma permissiva. Por isso Welzel conceitua a antijuridicidade como “a contradição da realização do tipo de uma norma proibitiva com o ordenamento jurídico em seu conjunto (não somente com uma norma isolada)”¹¹⁴

Importante também ressaltar que a divisão interna do direito em diversos ramos, a sua fragmentação em áreas específicas, cumpre unicamente objetivos didáticos, sendo o direito, em verdade, um todo unitário e, presumivelmente, harmônico. Assim, conforme assevera Bitencourt, “existe somente uma antijuridicidade para todos os ramos do Direito. Todas as matérias de proibição, reguladas nos diversos setores da seara jurídica, são antijurídicas para todo o ordenamento jurídico”.¹¹⁵

As palavras de André Luís Callegari, nesse sentido, também são bastante claras:

Enquanto a tipicidade e a culpabilidade são categorias próprias da teoria do crime, a ilicitude, como "contradição com o Direito", constitui um conceito à parte, válido em relação à ordem jurídica em seu sentido global, possuindo, por tal motivo, um inequívoco caráter unitário. Não há cogitar, assim, uma ilicitude especificamente penal, civil, administrativa etc.¹¹⁶

A doutrina clássica costuma fazer referência a duas espécies de antijuridicidade, a saber: formal e material. Damásio afirma que esta distinção remonta a Von Liszt, “para o qual deve ser considerado formalmente antijurídico todo comportamento humano que viola a lei penal; materialmente antijurídica é toda conduta humana que fere o interesse social protegido pela própria norma”¹¹⁷.

¹¹⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 14. ed. São Paulo (SP): Saraiva, 2009. p. 314.

¹¹⁵ Ibidem, p. 318

¹¹⁶ CALLEGARI, André Luís. **Teoria geral do delito e da imputação objetiva**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 148.

¹¹⁷ JESUS, Damasio E. de (Damasio Evangelista de). **Direito penal**. 29. ed. rev. e atual. São Paulo (SP): Saraiva, 2008. p. 355.

Assim, em linhas mais claras, antijuridicidade formal seria a “simples contradição entre uma ação e o ordenamento jurídico”¹¹⁸, restando configurada, em última análise, após o fato, já qualificado como típico, ser cotejado com a ordem jurídica dentro de uma perspectiva objetiva.

De outro giro, a antijuridicidade material constitui-se na “lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico protegido pela norma penal violada. É, portanto, o caráter antissocial do fato típico”.¹¹⁹. Exsurge, assim, uma clara distinção entre os dois aspectos do instituto, na medida em que a antijuridicidade material, para além da análise de contradição da conduta com a ordem jurídica, preocupa-se com o interesse tutelado pela norma que resulta violada. Não obstante, Calegari expõe um pequeno esclarecimento acerca da lesão do bem jurídico tutelado:

a expressão "lesão" não deve ser entendida naturalisticamente, como deterioração de um determinado objeto da ação (v.g. como morte de uma pessoa ou danos em uma coisa), senão como atuação contrária ao valor ideal que deve ser amparado pela norma jurídica (lesão do bem jurídico)¹²⁰

Vê-se, pois, que não se deve considerar a lesão ao interesse jurídico tutelado apenas como uma lesão física, materialmente perceptível. Do exposto, não resta dúvida sobre a importância e o alcance da antijuridicidade material. Analisando a questão, Calegari afirma que:

Jescheck leciona que a concepção material da antijuridicidade oferece considerável importância prática. A antijuridicidade material é de pronto a guia do legislador para estabelecer tipos penais, assim como a idéia reitora dos órgãos dedicados à persecução penal, se têm que buscar um preceito penal aplicável no caso concreto. O ponto de vista da antijuridicidade material permite, ademais, escalonar o injusto segundo sua gravidade e expressar as diferenças graduais na medição da pena. A contemplação material possibilita também a interpretação dos tipos atendendo aos fins e representações valorativas que lhes servem de base.¹²¹

Se, por um lado, a importância da antijuridicidade material é inequívoca, a configuração da antijuridicidade formal é bastante discutível, na medida em que toda

¹¹⁸ CALLEGARI, André Luís. **Teoria geral do delito e da imputação objetiva**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 150.

¹¹⁹ BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 324.

¹²⁰ CALLEGARI, André Luís. op. cit., p. 151.

¹²¹ Idem.

e qualquer conduta que for identificada como materialmente antijurídica “também o será formalmente, sendo, portanto, inseparáveis os aspectos material e formal da antijuridicidade”.¹²² E prossegue o renomado autor gaúcho, pontificando, em tom de conclusão, que “Jiménez de Asúa, depois de referir que Von Liszt confundia antijuridicidade formal com tipicidade, afirmava: “a antijuridicidade formal é a tipicidade e a antijuridicidade material é a própria antijuridicidade””.¹²³

Assim, essa divisão não tem razão de ser, na medida em que a dogmática penal, da forma como está estruturada, reclama uma concepção unitária da antijuridicidade, tendo em vista que o aspecto formal acaba absorvido pelo aspecto material, pois a ofensa ao interesse jurídico tutelado pressupõe uma contradição formal com a ordem jurídica.

4.2.2. Excludentes de Antijuridicidade

As hipóteses legais de exclusão da antijuridicidade, previstas no já citado art. 23 do código penal, recebem terminologias variadas pela doutrina, vindo a possuir denominações como: excludentes de ilicitude, causas de justificação, causas excludentes de antijuridicidade, causas justificantes, entre outras.

As excludentes previstas no código penal são quatro: legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento de um dever legal e exercício regular de um direito. Presente uma causa de justificação, o ilícito penal não se caracteriza, por isso o papel de destaque concedido às excludentes de tipicidade na teoria do crime e no plano processual penal. A importância das causas de justificação para a teoria do crime pode ser medida nas precisas palavras Flávio Augusto Monteiro de Barros:

Onde houver uma causa de justificação já suficientemente caracterizada, ensina Assis Toledo, faltarão uma condição da ação penal, pois se o fato, que deve ser narrado com todas as suas circunstâncias (CPP, art. 41), não constitui crime, autorizado está o pedido de arquivamento pelo Ministério Público ou a rejeição da denúncia ou da queixa pelo juiz (CPP, art. 395,11)¹²⁴

¹²² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 14. ed. São Paulo (SP): Saraiva, 2009. p. 316.

¹²³ idem.

¹²⁴ BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 328.

Cumpra-se ressaltar, e isso será evidenciado novamente quando do estudo das causas de exclusão expostas a seguir, que a conduta do agente deve revestir-se de requisitos objetivos e subjetivos. Damásio de Jesus sintetiza o tema, afirmando que:

não é suficiente que o fato apresente os dados objetivos da causa excludente da antijuridicidade. É necessário que o sujeito conheça a situação justificante. Ex.: *i.e.* “Se, por exemplo, dão-se objetivamente os pressupostos do estado de necessidade de um aborto, porém o autor não os conhece ou não persegue o fim de salvação, o fato será um aborto contrário ao direito por falta dos elementos subjetivos de justificação”.¹²⁵

4.3 O Estricto cumprimento de um dever legal

Nem todas as condutas que causam ou ameaçam de lesão bens juridicamente protegidos são objeto de censura pelo direito. Algumas ações, mesmo apresentando subsunção formal a um tipo incriminador, por vezes, podem ser motivadas em cumprimento de um dever imposto por lei. Assim é o estricto cumprimento de um dever legal, que é, “a exemplo do estado de necessidade e da legítima defesa, uma das causas de exclusão de antijuridicidade admitidas no direito pátrio, tendo sido positivada no art. 23 III, do Código Penal”.¹²⁶

Desta feita, por uma questão lógica, não há como o direito, em especial o direito penal, punir ou censurar aquilo que o próprio legislador determina que o agente deva realizar, na medida em que ninguém pode agir em cumprimento de uma determinação legal e incorrer em ilicitude ao mesmo tempo. Bitencourt, analisando o tema, afirma que:

Ocorrem situações em que a lei impõe determinada conduta e, em face da qual, embora típica, não será ilícita, ainda que cause lesão a um bem juridicamente tutelado. Nessas circunstâncias, isto é, no estricto cumprimento de dever legal, não constituem crimes a ação do carrasco que executa a sentença de morte, do carcereiro que encarcera o criminoso, do policial que prende o infrator em flagrante delito etc. Reforçando a licitude de comportamentos semelhantes, o Código de Processo Penal estabelece que,

¹²⁵ JESUS, Damasio E. de (Damasio Evangelista de). **Direito penal**. 29. ed. rev. e atual. São Paulo (SP): Saraiva, 2008. p. 361.

¹²⁶ CALLEGARI, André Luís. **Teoria geral do delito e da imputação objetiva**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. 170.

se houver resistência, poderão os executores usar dos meios necessários para defenderem-se ou para vencerem a resistência (art. 292 do CPP).¹²⁷

Deste modo, depreende-se do exposto, até mesmo através de uma análise detida da própria terminologia, que uma conduta, amparada pela excludente em questão, necessita de autorização legal, ou seja, de dever imposto pelo direito positivo, podendo “estar contido em regulamento, decreto ou qualquer ato emanado do poder público, desde que tenha caráter gera”¹²⁸, bem como deve agir estritamente dentro da moldura traçada pelo dispositivo legal, ou seja, dentro dos limites determinados pela lei. Ressalta-se, por outro lado, que obrigações apenas de ordem moral, religiosa e social não se enquadram nas hipóteses de dever legal, não autorizando a aplicação da excludente.

Questão de suma importância está relacionada aos destinatários dessa excludente, na medida em que uma parcela da doutrina limita a aplicação nos casos em que o executor é um agente ou funcionário do Estado, e outra estende também ao particular que age motivado pelo cumprimento de um dever legal. Mais uma vez, as palavras de Bitencourt clarificam a questão:

Apesar de os destinatários naturais dessa excludente de criminalidade serem os agentes públicos, nada impede que possa ser aplicada ao cidadão comum, quando atuar, claro, sob a imposição de um dever legal. Lembra-se, com frequência, como exemplo, o dever que têm os pais de guarda, vigilância e educação dos filhos (art. 231, IV, do CC). Algum constrangimento praticado no exercício do pátrio poder estaria justificado pelo estrito cumprimento do dever legal, desde que não haja excesso, logicamente. Alguns autores, como Assis Toledo, também adotam essa posição, em razão da anterioridade lógica do dever de educar sobre os direitos daí decorrentes. Outros, como Aníbal Bruno, preferem tratá-lo como hipótese de exercício regular de direito. A divergência é meramente acadêmica, na medida em que os resultados concretos são exatamente os mesmos.¹²⁹

Dessa forma, ficamos com Bitencourt, para quem, como ficou claro acima, a excludente encampa também, em determinados casos, os particulares agindo no cumprimento de um dever.

¹²⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 14. ed. São Paulo (SP): Saraiva, 2009. p. 346.

¹²⁸ JESUS, Damasio E. de (Damasio Evangelista de). **Direito penal**. 29. ed. rev. e atual. São Paulo (SP): Saraiva, 2008. p. 397.

¹²⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. op. cit., p. 347.

Embora haja uma pequena divergência na doutrina a respeito dos destinatários da norma, todos concordam num ponto: o agente, que leva a efeito a conduta sob tela, além de agir em estrita consonância com a determinação objetiva do disposto legal, deve também cumprir outro requisito, de ordem subjetiva, que se traduz no conhecimento de que sua conduta está amparada pela causa justificante. Assim, o agente “deve ter o conhecimento do dever e a vontade de cumpri-lo. Não sendo assim, o agente não age em estrito cumprimento de dever legal, uma vez que faltaria o elemento subjetivo”.¹³⁰ Este requisito de ordem anímica, portanto, também não pode ser negligenciado quando da análise da antijuridicidade da ação, caso contrário, o fato será considerado ilícito, tendo em vista que se encontra ausente o requisito subjetivo da causa justificante.

Cumpra-se ressaltar que o estrito cumprimento de um dever legal não autoriza condutas imoderadas e desproporcionais, de modo que esta “norma permissiva não autoriza, contudo, que os agentes do Estado possam, amiúde, matar ou ferir pessoas apenas porque são marginais ou estão delinquindo ou então estão sendo legitimamente perseguidas.”¹³¹ Quem age além do determinado em lei pode incorrer nas hipóteses de abuso de direito e abuso de poder, a depender das particularidades do caso.

Mais uma vez fazem-se necessárias as lições de Bitencourt:

Não há, convém que se destaque, qualquer ilogicidade ou paradoxo entre o reconhecimento de estrito cumprimento de dever legal e a configuração de excesso na sua execução, tanto que o Código Penal, no art. 23, parágrafo único, com a redação determinada pela Lei n. 7.209/84, consagra a punição do excesso para todas as modalidades de excludentes. Por isso, a incompatibilidade ou impossibilidade do excesso no estrito cumprimento do dever somente poderia ser defendida antes da Reforma Penal de 1984, quando o Código Penal, na sua versão original, só o prescrevia para a hipótese da legítima defesa.¹³²

Do exposto, verifica-se que o mínimo excesso não pode ser tolerado, sob pena de não restar configurada a licitude da conduta do agente.

¹³⁰ CALLEGARI, André Luís. **Teoria geral do delito e da imputação objetiva**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 170.

¹³¹ *ibidem*, p. 347.

¹³² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 14. ed. São Paulo (SP): Saraiva, 2009. p. 347.

4.4 O Exercício Regular de um Direito

Não raro, num primeiro lance de vista, as hipóteses de exercício regular de um direito confundem-se com as de estrito cumprimento de um dever legal. Entretanto, basta uma breve análise das características das excludentes para verificar a diferença significativa que as separa. Nas primeiras, o agente não age por conta de uma imposição legal, mas, sim em virtude de um direito concedido pelo ordenamento, onde não existe obrigação, mas faculdade de agir. Nas últimas, existe um comando, uma obrigação condicionando a conduta, cuja inobservância pode acarretar uma repreensão pelo direito. Callegari, ao enfrentar a questão, esclarece que:

Diferentemente do que se verifica no estrito cumprimento do dever legal, situação onde o agente tem uma obrigação de realizar a conduta lesiva (dever legal), no caso do exercício regular do direito o agente tem a faculdade de assim agir. Ou seja, o agente pode ou não, de acordo com a sua vontade, realizar determinada conduta e, caso decida realizá-la, não poderá ser punido por sua ação ou omissão, pois a lei permite que assim o faça.¹³³

Verifica-se, então, que caso o agente opte por levar a efeito a ação garantida pelo direito, sua conduta não poderá ser objeto de sanção pelo direito, haja vista a incoerência decorrente de tal situação, considerando que o ordenamento jurídico não pode proibir o exercício de um direito que ele mesmo garante. Ressalta-se que esse direito não se restringe somente à seara penal, de sorte que “qualquer direito, público ou privado, penal ou extrapenal, regularmente exercido, afasta a antijuridicidade.”¹³⁴ Vê-se que na verificação da ilicitude, analisa-se a conduta do agente conjugando-a com todo o ordenamento jurídico. Damásio de Jesus procura esclarecer a questão, pontificando que:

A expressão direito é empregada em sentido amplo, abrangendo todas as espécies de direito subjetivo (penal ou extrapenal). Desde que a conduta se enquadre no exercício de um direito, embora típica, não apresenta o caráter de antijurídica. Ex.: a) prisão em flagrante realizada por um particular; b)

¹³³ CALLEGARI, André Luís. **Teoria geral do delito e da imputação objetiva**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 171.

¹³⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. **Teoria geral do delito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 301.

liberdade de censura prevista no art. 142 do CP; c) direito de retenção permitido pelo CC; d) direito de correção do pai em relação ao filho.¹³⁵

Dessa forma, age amparado pela excludente o médico que realiza uma atividade cirúrgica com o fito de salvar a vida do paciente, bem como o boxeador que, dentro das regras da modalidade, desfere um forte golpe em seu oponente, vindo a deixá-lo hospitalizado, na medida em que a “violência esportiva, quando o esporte é exercido nos estritos termos da disciplina que o regulamenta, não constitui crime.”¹³⁶

As intervenções médicas, bastante citadas na doutrina clássica como exemplos de exercício regular de um direito, tratam-se, nas precisas palavras de Damásio de Jesus, de uma:

prática permitida pelo Estado e realizada de acordo com os meios e regras admitidos. Se o Estado reconhece, estimula, organiza e fiscaliza a profissão médica, como dizia Aníbal Bruno, impondo para o seu exercício especiais condições de preparação técnica e a exigência da habilitação especial, tem de reconhecer como legítimos os atos que a sua prática regularmente comporta, com os riscos a ela inerentes.¹³⁷

Os exemplos presentes na doutrina são inúmeros, e em todos esses casos a conduta do agente, a exemplo da excludente do estrito cumprimento de um dever legal, não pode deixar de encerrar os requisitos subjetivos exigidos pelo ordenamento jurídico, de sorte que, como afirma Callegari, o:

“instituto em comento exige que o agente tenha a consciência e a vontade de agir conforme seu direito. Ou seja, o pai que agride, de maneira consciente e moderada, o filho, com a única finalidade de corrigir seu comportamento, estará agindo conforme o ordenamento jurídico lhe facultado”¹³⁸

Assim, fica evidente, no caso do pai que bate no filho relatado acima, que a agressão fora dos limites traçados pelo direito facultado, ou seja, com a intenção,

¹³⁵ JESUS, Damasio E. de (Damasio Evangelista de). **Direito penal**. 29. ed. rev. e atual. São Paulo (SP): Saraiva, 2008. p. 398.

¹³⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 14. ed. São Paulo (SP): Saraiva, 2009. p. 348.

¹³⁷ JESUS, Damasio E. de (Damasio Evangelista de). op. cit., p. 398-399.

¹³⁸ CALLEGARI, André Luís. **Teoria geral do delito e da imputação objetiva**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 171.

o *animus*, o fito único de machucar e humilhar o filho configuraria um escancarado caso de ilicitude, devendo tal atitude ser objeto de atenção pelo direito.

Como se vê, os requisitos objetivos devem sempre ser observados quando da aplicação do instituto, sob pena de restar descaracterizada a antijuridicidade da conduta do agente.

Por outro lado, assim como também ocorre nas hipóteses de estrito cumprimento de um dever legal, as condutas devem guiar-se pelo que estritamente dispõem os ditames legais, de forma que regular, como afirma Bitencourt¹³⁹, “será o exercício que se contiver nos limites objetivos e subjetivos, formais e materiais impostos pelos próprios fins do Direito”. Assim, “fora desses limites, haverá o abuso de direito e estará, portanto, excluída essa causa de justificação.”

4.5 Tipicidade Conglobante nas Hipóteses de Estrito Cumprimento de um Dever Legal e Exercício Regular de um Direito

4.5.1 Considerações Iniciais

Tratou-se, até aqui, das causas de justificação e suas relações com a tipicidade, à luz da abordagem da doutrina clássica. Assim, um fato típico, diante de uma causa de justificação, não possuiria interesse penal em virtude do não preenchimento de um dos elementos do crime, qual seja, a antijuridicidade.

Porém, de acordo com a teoria da tipicidade conglobante, teoria que adotamos neste trabalho, uma nova visão passa a ser considerada nas hipóteses justificantes do estrito cumprimento de um dever legal (onde existe um comando estatal) e do exercício regular de um direito (onde existe uma faculdade de agir outorgada pelo estado).

De acordo com essa teoria, a quase totalidade de casos envolvendo essas duas causas de justificação já seriam analisados quando do juízo de tipicidade. Assim, quando uma conduta, revestida de tipicidade legal ou formal, fosse analisada à luz do ordenamento jurídico como um todo, e nesse cotejo, fosse

¹³⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 14. ed. São Paulo (SP): Saraiva, 2009. p.348.

amparada por normas que a impusessem ou a fomentassem, ou ainda, a permitissem, a tipicidade restaria desconfigurada, não havendo sentido em passar à análise do segundo elemento do conceito analítico de crime. Dessa forma, o fato seria um indiferente penal.

Questiona-se se haveria algum sentido em analisar as hipóteses na tipicidade, utilizando-se dos conceitos da tipicidade conglobante ao invés de analisá-las como excludentes no plano da antijuridicidade. Zaffaroni e Pierangeli tratam desse questionamento com bastante clareza, fato que merece ser transcrito na íntegra:

Há quem afirme que uma conduta atípica é o mesmo que uma conduta justificada. Além de existirem condutas atípicas que são antijurídicas (o não cumprimento de um contrato, por exemplo), a menor abertura da estrutura teórica do delito ao realismo jurídico não resiste à afirmação de que para o direito penal dá no mesmo a morte de uma mosca e a de um homem (WELZEL), ainda que em legítima defesa.

A legítima defesa (que é prevista no art. 23, II, do CP) - de que logo nos ocuparemos (ver n. 327) - é uma causa de justificação, isto é, uma *permissão* outorgada pela ordem jurídica para a realização da conduta antinormativa. Em seguida, veremos que, se um indivíduo nos agride injustamente e temos oportunidade de fugir, o direito não nos obriga a fugir, porque não somos obrigados a suportar o injusto. O direito, então, nos outorga uma permissão para repelir a agressão, sem dar relevância à nossa possibilidade de fuga. Dá-nos *permissão* até mesmo para matar o agressor, se isto é racionalmente necessário e proporcional à injusta agressão. Não nos obriga a fugir, dá-nos *permissão para repelir*.

Mas esta "permissão" para repelir a agressão, ilegítima e não provocada, não implica que o direito *fomente* e muito menos que nos ordene semelhante conduta. Simplesmente, nestas hipóteses conflitivas, a ordem jurídica limita-se a *permitir a conduta*, porque não se pode afirmar que *incentive* que um homem que pode fugir prefira matar. O incentivo da conduta homicida seria bastante anticristão.¹⁴⁰

Após explanarem seus argumentos, Zaffaroni e Pierangeli concluem de forma contundente tudo o que foi dito:

É precisamente esta a mais importante diferença entre a tipicidade conglobante e a justificação: a atipicidade conglobante não surge em função de *permissões* que a ordem jurídica resignadamente concede, e sim em razão de *mandatos* ou *fomentos* normativos ou de *indiferença* (por insignificância) da lei penal. A ordem jurídica resigna-se a que um sujeito se apodere de uma joia valiosa pertencente a seu vizinho, e que a venda para

¹⁴⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo (SP): Revista dos Tribunais, 2011. p. 401-402.

custear o tratamento de um filho gravemente enfermo, que não tem condições de pagar licitamente, mas *ordena* ao oficial de justiça que apreenda o quadro e lhe impõe uma pena se não o faz, *fomenta* as artes plásticas, enquanto que se mantém indiferente à subtração de uma folha de papel rabiscada.¹⁴¹

O estrito cumprimento de um dever legal (ordem) e o exercício regular de um direito (fomento ou permissão), são duas excludentes com particularidades que podem ser virtualmente atendidas pela teoria da tipicidade conglobante. Nos próximos tópicos será visto como a jurisprudência nacional tem enfrentado a questão.

4.5.2 Aplicabilidade da Tipicidade Conglobante nas Hipóteses de Estrito Cumprimento de um Dever legal

O Superior Tribunal de Justiça, em recente acórdão da Corte Especial, valeu-se da teoria da tipicidade conglobante ao analisar queixa-crime protocolada em virtude de suposto crime de difamação. A ementa segue abaixo:

PROCESSUAL PENAL - CRIME CONTRA A HONRA - QUEIXA-CRIME OFERECIDA POR JUÍZA CONTRA DESEMBARGADOR - DELITO DE DIFAMAÇÃO - ART. 139 C/C ART.141, II, DO CP - AUSÊNCIA DO ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO – PROCESSO DE PROVIMENTO DE CARGO DE DESEMBARGADOR - EXPRESSÕES UTILIZADAS PARA FUNDAMENTAR VOTO DE PROMOÇÃO - CAUSA ESPECIAL DE EXCLUSÃO DO DELITO- REJEIÇÃO DA EXORDIAL ACUSATÓRIA.

1. Queixa-crime oferecida por Juíza contra Desembargador que, durante processo de promoção por merecimento de magistrado, proferiu voto com expressões tidas por difamatórias pela querelante.
2. O querelado, em sessão pública, proferiu seu voto, consoante previsto na Resolução nº 106/2010 do CNJ, não se extraindo da sua manifestação conduta que se amolde na figura típica do art. 139 do Código Penal. Ausência de *animus diffamandi*.
3. O querelado agiu no estrito cumprimento do dever legal de fundamentação do voto, restando afastada a tipicidade conglobante do crime de difamação, nos termos do art. 142, III, do Código Penal e do art. 41 da LC nº 35/79 (LOMAN).4. Queixa-crime rejeitada.

¹⁴¹ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo (SP): Revista dos Tribunais, 2011, p. 402.

A autora, juíza de Direito do Estado do Amapá, instruiu a queixa-crime arguindo, em síntese, que havia se candidatado ao cargo de Desembargadora do Tribunal de Justiça do Amapá (nos termos da Resolução do CNJ nº 106, de 06 de abril de 2010¹⁴²), ocasião em que teria sofrido ataques em sua honra objetiva e subjetiva, em sessão pública, por um dos Desembargadores participantes do processo de provimento, que teria agido com *animus injuriandi vel diffamandi* ao extrapolar os limites da objetiva fundamentação de sua análise.

No excerto do relatório do acórdão colacionado abaixo, de relatoria da Ministra Eliana Calmon, segue a síntese das arguições da querelante:

Informa que o querelado, em seu voto, acusou-a de fazer “proselitismo político” quando da sua atuação como Juíza Eleitoral perante o TRE/AP, visando favorecer o candidato a Prefeito nas eleições de 2008, Carlos Camilo Góes Capiberibe, em detrimento do candidato Antônio Roberto Góes da Silva; acusou-a de ser impontual, morosa e desidiosa no exercício das funções de magistrada, prolatando decisões teratológicas, absurdas, parciais e atentatórias da dignidade da Justiça - itens 3.1.3, 3.1.4, 4.1.2, 4.2.1 e 6.1 do voto (fl. 30/44).

Assevera, ainda, que o querelado acusou-a de despreparo para o exercício da função, de não ser diligente, de não ser dotada de conhecimento suficiente ou capacitação para o cargo de Juíza; de não ter profissionalismo, de infringir a ética, o decoro e a prudência no exercício da magistratura, além de criar situação desconfortável ao TRE/AP ao utilizar-se da mídia e, ainda, de usurpar competência de outros Juízos.

O querelado, citado a se manifestar, instruiu sua resposta ressaltando o fato de que agiu com exclusivo *animus narrandi* ao fundamentar e expor sua avaliação. Abaixo, segue a síntese de suas colocações:

Notificado, o querelado apresentou resposta (fls. 227/240) negando haver a presença do elemento subjetivo do delito de difamação, qual seja, ação dolosa do agente expressada pela intenção específica e intencional de macular a honra da vítima, restando não configurado o crime de que é acusado. Considera, para tanto, que aquele que emite conceito valorativo no exercício de dever funcional de julgar não incorre na prática de crime contra a honra, mormente quando goza de imunidade material, nos termos do art. 41 da LOMAN.

[...]

Assevera que a presente ação penal de iniciativa privada foi ajuizada com o estrito fim de motivar o CNJ a declarar nulo, no Procedimento de Controle

¹⁴² Art. 2º O magistrado interessado na promoção dirigirá requerimento ao Presidente do Tribunal de 2º grau no prazo de inscrição previsto no edital de abertura do respectivo procedimento.

Administrativo (PCA) nº 0001552-10.2012.2.00.0000, o discutido voto proferido pelo querelado, viabilizando, assim, pontuação que lhe garantisse a nomeação e posse no cargo de Desembargadora.

Argumenta que a querelante teria se utilizado da função jurisdicional com objetivo afrontoso aos princípios da legalidade, da moralidade e da indisponibilidade da ação penal.

[...]

Com relação ao item adequação da conduta da querelante ao Código de Ética da Magistratura nacional, informou que a autora, em diversas oportunidades, agiu com falta de isenção nos julgamentos, de profissionalismo, de ética, de decoro e de respeito à LOMAN.

Por fim, informa que a querelante teve contra si 05 (cinco) processos administrativos disciplinares (n.ºs. 5321/05, 5985/05, 6088/05, 6190/05 e 7352/05), os quais foram arquivados em razão de ter decorrido prazo para instrução e conclusão, bem como uma representação formulada pelo Juiz Eduardo Contreras, na qual notícia usurpação de competência da querelante que, atuando como Juíza de Juizado Especial Cível, procedeu a uma separação judicial consensual envolvendo patrimônio da ordem de R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais) o que, decerto, lhe pareceu estranho.

Uma vez exarado o relatório, passou a ilustre Ministra a preferir seu voto, dando razão aos argumentos do querelado, com arrimo na legislação específica do Conselho Nacional de Justiça e em consonância com os melhores ventos da doutrina. As passagens de destaque do seu voto seguem abaixo colacionadas:

A promoção por merecimento, discutida neste voto está regulamentada pela Resolução nº 106, de 06 de abril de 2010 do Conselho Nacional de Justiça, a qual especifica os critérios objetivos para aferição do merecimento para promoção de magistrados e acesso aos Tribunais de 2º grau. Em seu art. 1º, a citada norma disciplina que *“as promoções por merecimento de magistrados em 1º grau e o acesso para o 2º grau serão realizadas em sessão pública, em votação nominal, aberta e fundamentada, observadas as prescrições legais e as normas internas não conflitantes com esta resolução, iniciando-se pelo magistrado votante mais antigo”*.

De acordo com a Resolução, os candidatos à promoção deverão ser avaliados pelos critérios de: a) desempenho (subdividido em redação, clareza, objetividade, pertinência de doutrina e jurisprudência e respeito às súmulas dos tribunais superiores); b) produtividade (subdividido em estrutura de trabalho e volume de produção); c) presteza no exercício de funções (subdividido em dedicação e celeridade na prestação processual); d) aperfeiçoamento técnico (subdividido em frequência e aproveitamento em cursos oficiais, diplomas, títulos e cursos jurídicos e ministrar aulas em palestras e cursos); e) adequação da conduta ao Código de Ética da Magistratura Nacional (subdividido em independência funcional e inexistência de processos administrativos).

O querelado, na sessão pública para promoção por merecimento, proferiu seu voto, de forma aberta e nominal, consoante previsto na referida Resolução, do que se percebe ter o querelado agido em estrita observância do quanto determinado pela referida norma. Cabia a ele fundamentar as razões do seu voto, o que foi feito, sem que se infira, da sua parte, qualquer *animus diffamandi*

Após demonstrar a adequação da conduta do querelado às disposições da Resolução do CNJ n° 106/2009, a qual especifica os critérios objetivos para aferição do merecimento para promoção de magistrados e acesso aos Tribunais de 2º grau, e também afastar a alegação de *animus diffamandi* na conduta levada a efeito pelo Desembargador, a ilustre Ministra evoca a teoria da tipicidade conglobante, detidamente estudada em tópicos anteriores, para descaracterizar a imputação do crime de calúnia, tendo em vista que o querelado dirigiu sua conduta dentro dos limites aceitáveis do estrito cumprimento do dever legal. É o que pode ser observado no excerto que segue:

Observo que o querelado fundamentou seu voto de forma coerente com as notas atribuídas e, embora em alguns poucos trechos tenha ultrapassado a mera narração de um fato, tendo inserido críticas à atuação profissional da querelante, não se vislumbra a sua intenção especial de difamá-la.

Destaque-se, outrossim, o fato de que o querelado agiu no estrito cumprimento do dever legal de fundamentar, pois a Resolução n° 106/2009 determina que seja fundamentada a votação. Nesse sentido, há exclusão da tipicidade conglobante, nos termos do art. 142, III, do Código Penal e do art. 41 da LC n° 35/79 (LOMAN).

Assim, uma vez caracterizada *in casu* a teoria da tipicidade conglobante, através do exercício regular de um direito, não há razão para procedência da ação:

Acresço, ainda, que se deve observância ao princípio da mínima intervenção, o qual disciplina que o Direito Penal não deve se ater a fatos que outras esferas do Direito são capazes de solucionar com maior eficiência.

Concluo, por fim, que a afirmação do querelado não tem, em juízo de admissibilidade da ação penal, aptidão de macular a honra objetiva da querelante.

A fim de sedimentar o que foi dito nos capítulos anteriores, passa-se a analisar brevemente a queixa-crime acima citada, valendo-se dos dados que instruíram o processo, à luz do estudo realizado até aqui sobre a teoria da tipicidade conglobante.

Observando o disposto no art. 139 do Código Penal¹⁴³, e o consignado na doutrina de Bitencourt, para quem difamar “consiste em atribuir fato ofensivo à

¹⁴³ Art. 139 - Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação:
Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

reputação do imputado – acontecimento concreto – e não conceito ou opinião, por mais gravosa ou aviltantes que possam ser.”¹⁴⁴, verifica-se que a conduta isolada do desembargador, cujas afirmações dirigidas à querelante, na presença de terceiros, de prática de proselitismo político, prolação de decisões teratológicas, absurdas, parciais e atentatórias da dignidade da Justiça, não são meras opiniões, mas imputações até certo ponto graves, de formas que sua conduta apresenta subsunção formal ao artigo que disciplina o crime de difamação. A tipicidade legal da conduta, portanto, resta configurada.

Não obstante, aprofundando-se um pouco mais no juízo de tipicidade, já no plano da tipicidade conglobante, faz-se necessário verificar se a conduta do querelado foi antinormativa e se apresentou tipicidade material. Assim, analisando a antinormatividade da conduta, verifica-se a presença de uma outra norma no ordenamento jurídico, cujo comando obriga o querelado a avaliar e fundamentar sua avaliação com base em determinados critérios, de modo que suas palavras, fortes considerando-se um contexto isolado, foram proferidas em cumprimento de um dever legal. Ou seja, o querelado estava investido, por determinação de resolução do Conselho Nacional de Justiça, na posição de avaliador, de participante de um processo de provimento, cuja avaliação deve ser fundamentada em ato público, em obediência aos dispositivos previstos na Resolução do referido conselho.

Assim, pela teoria da tipicidade conglobante prescindiria, inclusive, a invocação do art. 142, inc. III¹⁴⁵, em virtude da existência de resolução ordenando o magistrado a emitir opinião pública fundamentada do desempenho do avaliado, atinente à presteza, produtividade, capacidade de trabalho etc., por mais dura que seja a realidade da avaliação.

A dogmática penal, dessa forma, não poderia tipificar uma conduta que se desenvolve amparada no cumprimento de um dever legal. Seria um patente contrassenso.

¹⁴⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial. 9. ed. São Paulo (SP): Saraiva, 2009. p. 311.

¹⁴⁵ Art. 142 - Não constituem injúria ou difamação punível:

[...]

III - o conceito desfavorável emitido por funcionário público, em apreciação ou informação que preste no cumprimento de dever do ofício.

4.5.3 Aplicabilidade da Tipicidade Conglobante nas Hipóteses de Exercício Regular de um Direito

O Colégio recursal do município de Ji-Paraná, no estado de Rondônia, valeu-se da teoria da tipicidade conglobante ao defrontar-se, no ano de 2006, com recurso interposto contra sentença prolatada na 1ª Vara do Juizado Especial Criminal do município de Espigão do Oeste/RO, atinente à denúncia do Ministério Público da prática do exercício ilegal da medicina por parte do recorrente. Segue a ementa da referida Turma Recursal:

CRIMINAL. OPTOMETRISTA. PREVISÃO LEGAL. EXERCÍCIO ILEGAL DE MEDICINA. NÃO CONFIGURAÇÃO. REFORMA DA SENTENÇA. ABSOLVIÇÃO.

Em sendo expressamente prevista a profissão de optometrista pelo Decreto n.º 20.931/32, e sendo as atividades praticadas pelo réu descritas na Classificação Brasileira de Ocupações – CBO, editada pelo Ministério do Trabalho e Emprego através da Portaria n. 397 de 09/10/2000, não há que se falar em exercício ilegal da medicina, ante a existência de norma autorizadora no Ordenamento Jurídico, prestigiando-se assim, o Princípio da Tipicidade Conglobante, impondo-se a reforma da sentença condenatória para absolver o recorrente.¹⁴⁶

O recorrente, que exercia a atividade de optometrista, interpôs recurso contra sentença que o condenou à pena de seis meses de detenção e dez dias multa, substituída por pena pecuniária de seis salários mínimos, em virtude da prática do crime tipificado no artigo 282 do Código penal¹⁴⁷.

No excerto do acórdão colacionado abaixo, de relatoria do juiz Marcos Alberto Oldakowski, segue a parte das arguições do recorrente e do recorrido, conforme descritas no acórdão:

O recorrente sustenta que foi acusado de exercer ilegalmente a medicina, pois é optometrista e prescreve óculos, não faz diagnóstico de patologia, o que torna o fato atípico. Acrescenta que a atividade do optometrista é

¹⁴⁶ Tribunal de Justiça de Rondônia. Turma Recursal. Recurso Criminal n. 100.008.2004.003360-8.

Relator: Marcos Alberto Oldakowski. Ji-Paraná, 16 de outubro de 2006. Disponível em: <<http://www.tjro.jus.br/apsg/faces/jsp/apsgDetalheProcesso.jsp>>. Acesso em: 07 jun. 2013.

¹⁴⁷ Art. 282 - Exercer, ainda que a título gratuito, a profissão de médico, dentista ou farmacêutico, sem autorização legal ou excedendo-lhe os limites:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos.

Parágrafo único - Se o crime é praticado com o fim de lucro, aplica-se também multa

prevista no Decreto n. 20.931/32 e atualmente regulada na Classificação Brasileira de Ocupações (CBO), documento do Ministério do Trabalho e Emprego que define as atribuições e as características de cada profissão exercida no Brasil, e que a conduta por ele praticada, consistente em prescrever lente de grau, está descrita no rol das atividades permitidas.

O Ministério Público em 1º grau em suas contra-razões pugna pela manutenção da sentença aduzindo que é questão de saúde pública, pois se trata de visão da população e que a profissão de óptico exige apenas curso técnico de nível médio e que somente os mais desavisados arriscariam o importante sentido a alguém que não tem formação de nível superior na área de saúde.

Já o representante do parquet em segundo grau, em seu parecer opinou pelo provimento do recurso. Constata-se na sentença condenatória que o recorrente foi condenado pela prática do crime previsto no artigo 282 do Código Penal, em razão da imputação de exercício ilegal da profissão.

Colacionadas as arguições das partes, o juiz rondoniense passa então a proferir efetivamente o seu voto, ressaltando que a discussão restringe-se ao fato de o recorrente estar ou não exercendo ilicitamente a profissão de médico oftalmologista ao prescrever óculos:

Contudo, em que pese à sapiência do prolator da sentença, bem como ao zelo e preocupação do membro do Ministério Público de 1º grau em afirmar que é impossível dar tratamento simplório à questão de saúde pública, como é o caso da visão da população uma vez que a profissão de óptico exige apenas curso técnico de nível médio, entendo que a sentença deve ser reformada.

[...]

Numa análise detida aos autos, notadamente pelos argumentos da acusação e da defesa, vejo que se trata de denúncia ofertada em razão de imputação ao réu de exercício ilegal da medicina previsto no artigo 282 do Código Penal, sob o argumento de que o denunciado visando obter lucro estava exercendo a profissão de médico oftalmologista sem autorização legal e de forma habitual, expondo a perigo a saúde de diversas pessoas.

E prossegue o magistrado, analisando os requisitos do septuagenário Decreto n. 20.931/32, que teve sua vigência reconhecida em recente decisão do Superior Tribunal de Justiça, e que prevê, entre outras atividades, a do optometrista:

Acerca da habilitação para o exercício da profissão de optometrista, o artigo 3º do Decreto 20.931/32 dispõe: "Art. 3º - Os optometristas, práticos de farmácia, massagistas e duchistas estão também sujeitos à fiscalização, só podendo exercer a profissão respectiva se provarem a sua habilitação, a juízo da autoridade sanitária".

Deflui dos autos que o recorrente possui habilitação para exercer a profissão de optometrista conforme se vê no Certificado constante às fls. 46, que confere ao mesmo a qualidade de Técnico em Ótica.

As atividades atinentes à profissão de optometrista estão atualmente, previstas e descritas na Classificação Brasileira de Ocupações - CBO, editada pelo Ministério do Trabalho e Emprego - MTE (Portaria n. 397, de 09.10.2002).

Após analisar o rol de atividades do optometrista constante da Portaria 397/02, editada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, o eminente julgador conclui pela legalidade da atividade desenvolvida pelo recorrente, com forte embasamento na teoria da tipicidade conglobante, na medida em que também é atividade do optometrista a de prescrever compensação óptica, que, em último caso, nada mais é do que a prescrição de lentes de grau aferida através da refração. O restante de sua decisão, segue colacionada abaixo:

Como foi citado pelo Ilustre Representante do Ministério Público em seu parecer, aplica-se à espécie o Princípio da Tipicidade Conglobante concebida e difundida pelo mestre Raúl Zafaroni, onde para se aferir o juízo de tipicidade é necessária uma análise global de todo ordenamento jurídico, posto que, havendo uma norma que autorize, fomente ou determine uma conduta social e legalmente aceita, não pode outra taxá-la como criminosa.

Nesse contexto, a condenação do recorrente por ter realizado exame optométrico (*sic*) e determinado compensação ópticas(*sic*) (lentes de grau), como se infere pelos receituários de fls. 27 e 28, não pode subsistir, eis que o mesmo estava praticando atividade concernente a sua profissão.

Saliento que consta nos mencionados receituários que o mesmo se identificou como técnico em óptica e não como médico oftalmologista.

Reitero que está sendo analisado nestes autos é a prática de exercício ilegal da medicina prevista no artigo 282 do CP, ante a prescrição de lente de grau, o que restou afastada ante a expressa previsão legal da profissão e das atividades.

E, em sendo, reconhecida a existência da profissão de optometrista, como se reconhece, e não havendo dúvida quanto à legitimidade do seu exercício em certo campo de atividades, e sendo o recorrente habilitado para o exercício deste mister, resta caracterizada justificativa suficiente para reforma da sentença, a fim de absolver o réu.

Assim, o magistrado relator conclui seu voto, cujo acórdão, ao final, conheceu e deu provimento ao recurso à unanimidade, consignando o que segue:

Ressalto que no que se refere à legalidade e legitimidade do exercício de algumas dessas atividades pelos optometristas, por configurarem ou não atividades médicas típicas, deve ser apurada em ação própria, não sendo possível sua discussão nestes autos.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso para reformar a sentença absolvendo Manoel Gomes Vieira com fundamento no artigo 386, inciso III

do Código de Processo Penal da prática do crime previsto no artigo 282 do Código Penal.

Do exposto, viu-se, então, que o magistrado relator valeu-se da teoria da tipicidade conglobante ao verificar que a conduta do requerente estava amparada na presença de uma norma autorizadora vigente no ordenamento jurídico, qual seja, o Decreto 20.931/32, que prevê, entre outras, a atividade de optometrista.

Assim, em que pese possível semelhança entre as atividades realizadas pelos optometristas com as atividades desempenhadas pelos médicos oftalmologistas, e também toda a discussão envolvendo a falta de preparo técnico dos primeiros para realizarem atividades envolvendo a saúde da coletividade, não se pode negar a atipicidade penal da conduta do requerente, em razão da descaracterização da tipicidade conglobante por ausência de antinormatividade, na medida em que o requerente desenvolvia suas atividades estribado na boa-fé que o Estado lhe concedia através do Decreto 20.931/32.

Assim, não teria sentido o Estado-juiz criminalizar uma conduta que o Estado, em sua composição global, autoriza e fomenta.

5 CONCLUSÃO

A presente monografia objetivou analisar a aplicação da teoria da tipicidade conglobante nas hipóteses de estrito cumprimento de um dever legal e exercício regular de um direito utilizando-se de dois casos concretos presentes na jurisprudência nacional. Para tanto, antes da realização deste empreendimento, buscou-se situar a tipicidade conglobante no contexto da dogmática penal, mais precisamente, no interior do conceito analítico de crime.

Tendo isso em mente, procedeu-se, Inicialmente, à definição e análise das características do tipo e da tipicidade legal. Assim, sedimentou-se o conceito de tipo, que vem a ser a descrição abstrata de condutas que o legislador, nas palavras de Rogério Greco, visa impedir que seja praticada, ou determina que seja levada a efeito por todos nós.

Prosseguindo-se no estudo, evidenciou-se que a tipicidade legal, para sua configuração, exige um mero juízo de adequação formal entre a conduta do agente e o tipo previsto em lei. Assim, realizada a conduta pelo agente, e verificada a sua subsunção a um tipo penal incriminador, configurada estará a tipicidade legal.

Após essas constatações, para embasar melhor a análise da tipicidade legal, discorreu-se sobre sua evolução histórico-dogmática, e constatou-se que o seu desenvolvimento doutrinário, iniciado na Alemanha, é bastante recente comparando-se a outros institutos seculares do Direito.

Avançando-se no trabalho, sustentou-se que a análise da simples subsunção formal da conduta ao tipo previsto em lei não esgota o estudo da tipicidade, que reclama também, para sua completa configuração, a confirmação da tipicidade conglobante, fruto de um juízo de tipicidade mais aprofundado e complexo.

A partir de tal marco, buscou-se desenvolver o conceito de tipicidade conglobante, que se caracteriza pela presença da antinormatividade e da tipicidade material. Assim, discorrendo-se sobre a antinormatividade, esclareceu-se que todos os tipos penais incriminadores possuem uma norma subjacente que lhes da sustentação, de modo que a conduta, para ser típica, necessita, também, violar esta norma, além de afetar o bem jurídico tutelado.

Assim, demonstrou-se que algumas condutas, apesar de infringirem formalmente o tipo, não violam necessariamente a norma que lhe é subjacente em razão da presença, na ordem jurídica, de outra norma que ordene ou fomenta tais condutas. Para exemplificar esta operação, utilizou-se como exemplo a atividade praticada pelo carrasco, que executa o condenado em cumprimento de um dever legal, e cuja conduta, em última análise, não incide no tipo penal configurador do homicídio, por ausência de tipicidade conglobante.

Em seguida, evidenciou-se que a presença, num mesmo ordenamento jurídico, de duas normas versando sobre o mesmo assunto e apresentando disposições contrárias, dá causa a um aparente conflito de normas, e que este aparente conflito não pode subsistir, sob pena de comprometer seriamente o sistema normativo, que tem entre suas principais características a coesão entre as normas que lhe dão sustentação.

Deste modo, salientou-se que nem toda conduta que apresenta tipicidade legal apresenta necessariamente tipicidade conglobante, em virtude da possibilidade de não violação da norma subjacente ao tipo, após uma análise conglobada com o ordenamento jurídico, em razão da presença de outras normas prevalentes que exigem ou fomentam tal conduta, bem como da não afetação do bem jurídico, caracterizadora da tipicidade material.

Assim, dando-se prosseguimento ao estudo da tipicidade, chegou-se à definição da tipicidade penal, que vem a ser a o resultado de um duplo juízo de tipicidade, qual seja, do juízo de tipicidade legal com de tipicidade conglobante. Constatou-se, então, que para os que não adotam a teoria estudada neste trabalho, existe apenas a tipicidade legal, que também recebe o nome, a depender do doutrinador, de tipicidade penal.

Após fixadas tais premissas, passou-se ao objetivo deste trabalho, qual seja, a análise jurisprudencial de dois casos paradigmáticos acerca da aplicação da teoria da tipicidade conglobante nas hipóteses de estrito cumprimento de um dever legal e de exercício regular de um direito.

Na hipótese de estrito cumprimento do dever legal analisou-se acórdão do STJ, de relatoria da Ministra Eliana Calmon, atinente à queixa-crime oferecida por Juíza contra Desembargador que, durante análise do processo de promoção por merecimento da magistrada, proferiu voto com expressões tidas por difamatórias.

Para a Ministra relatora, seguida no voto por seus pares, restou verificada a atipicidade conglobante da ação, por ausência de antinormatividade na conduta do querelado, na medida em que a fundamentação do seu voto desenvolveu-se em cumprimento ao marco regulatório do Conselho Nacional de Justiça, atinente aos critérios objetivos para aferição do merecimento para promoção de magistrados e acesso aos Tribunais de 2º grau.

Na hipótese de exercício regular de um direito analisou-se acórdão da Turma Recursal de Ji-Paraná, no estado de Rondônia, atinente ao recurso interposto por optometrista em razão de ter sido condenado no Juizado Especial Criminal por exercício ilegal da medicina. A referida turma, aplicando a teoria da tipicidade conglobante, deu provimento ao recurso do requerente tendo em vista a descaracterização da tipicidade conglobante por ausência de antinormatividade, na medida em que o requerente desenvolvia suas atividades estribado na boa-fé que o Estado lhe concedia através do ainda vigente Decreto 20.931/32, que regulamenta a atividade de optometrista. Assim, considerou a colenda Turma Recursal que o Estado não poderia transformar em crime uma conduta que ele mesmo procura fomentar.

Ao final, conclui-se que nas duas ações judiciais, que foram analisadas e cotejadas com o que foi desenvolvido ao longo de todo o presente trabalho, a aplicação *in concreto* da teoria da tipicidade conglobante pelos magistrados obedeceu integralmente aos pressupostos da referida teoria estabelecidos pelo mestre argentino Eugênio Raul Zaffaroni.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL .**Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 06 abr. 2013.

_____. **Decreto-lei nº 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em 04. abr. 2013.

_____. **Resolução nº 106**, de 06 de abril de 2010. Dispõe sobre os critérios objetivos para aferição do merecimento para promoção de magistrados e acesso aos Tribunais de 2º grau. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/12224-resolucao-no-106-de-06-de-abril-de-2010> >. Acesso em: 14 abr. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. Ação Penal n. 683-AP (2011/0259061-4). Relatora: Ministra Eliana Calmon. Brasília, 4 de dezembro de 2012. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-eletronica-2013_229_capCorteEspecial.pdf >. Acesso em: 05 jun. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. Recurso Especial n. 1.121.359. Relatora: Ministro Felix Fischer. Brasília, 30 de agosto de 2010. Disponível em: <http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/RESP_1121359_SP_1288230002219.pdf?Signature=NvcWGgqZhlfR8lf%2FLjXAQu0uzPw%3D&Expires=1372249747&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf>. Acesso em: 06 jun. 2013.

_____.Tribunal de Justiça de Rondônia. Turma Recursal. Recurso Criminal n. 100.008.2004.003360-8. Relator: Marcos Alberto Oldakowski. Ji-Paraná, 16 de outubro de 2006. Disponível em: <<http://www.tjro.jus.br/apsg/faces/jsp/apsgDetalheProcesso.jsp> >. Acesso em: 07 jun. 2013.

_____.Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais. Recurso Criminal n. 32-88-20116.13.0150. Relator: Maurício Soares. 10 de maio de 2011. Disponível em: <http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TREMG/IT/RC_3288_MG_1368530020447.pdf?Signature=%2FXsb8mAnRJJLUv0cFo1U34jxsMo%3D&Expires=1372249309&>

AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf >. Acesso em: 05 Mai. 2013.

BARRAL, Welber Oliveira. **Metodologia da pesquisa jurídica**. 2. ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Erro de tipo e erro de proibição**. 5. ed. São Paulo (SP): Saraiva, 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial**. 9. ed. São Paulo (SP): Saraiva, 2009

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 14. ed. São Paulo (SP): Saraiva, 2009

BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. **Teoria geral do delito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CALLEGARI, André Luís. **Teoria geral do delito e da imputação objetiva**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral (arts. 1. a 120 do CP)**. 13. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro (RJ): Impetus, 2011.

JESUS, Damasio E. de (Damasio Evangelista de). **Direito penal**. 29. ed. rev. e atual. São Paulo (SP): Saraiva, 2008

NORONHA, E. Magalhães (Edgard Magalhães). **Direito penal**. 38. ed. rev. e atual. São Paulo (SP): Rideel, 2009

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral : parte especial**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo (SP): Revista dos Tribunais, 2008. 1072p.

Piva, Paulo Cesar (2000), “**Princípio de insignificância – excludente de ilicitude e tipicidade penal**”. *Revista Jurídica*, 275, 61-64

VARGAS, Jose Cirilo de. **Do tipo penal**. Belo Horizonte: UFMG, 1987.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo (SP): Revista dos Tribunais, 2011.

WEZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal. Uma introdução à doutrina da ação finalista.** Tradução de Luiz Regis Prado. 2 ed. São Paulo: RT, 2009.